

استدل الشافعي: بأن الشفعة من مرافق ملكه؛ لأنها لتكميل منفعته، وكل ما هو كذلك.. فهو مقدر بقدر ملكه؛ كالريح والغلة والولد والثمرة.

ولنا: أنهم تساوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، ولهذا لو انفرد واحد منهم.. استحق كل الشفعة، وهذا آية كمال السبب، والتساوي في سبب الاستحقاق: يوجب التساوي في الاستحقاق لا محالة؛ ليثبت الحكم بقدر دليله.

فإن قيل: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الملك الكثير أكثر اتصالاً، فلا يتساويان في السبب.

قلنا: إن كثرة الاتصال توزن بكثرة العلة.

ألا ترى: أن الاتصال بكل جزء: علة؛ بدليل: أن صاحب القليل لو انفرد.. استحق الجميع، وقد تقرر في الأصول: أنه لا ترجيح بكثرة العلة، وإنما الترجيح بقوتها، ولا قوة ههنا في الكثير لظهور القليل في مقابلة الكثير.. حيث يستحق صاحب القليل، ولو كان مرجوحاً.. لما ظهر في مقابلة الراجح.

وقوله: «إن الشفعة من مرافق ملكه».

قلنا: ممنوع؛ لأن التمكن من التملك بملك الغير يجعل الشفعة من ثمرات ملكه ومرافقه كالأب؛ فإن له التمكن من تملك جارية ابنه، ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه.

بخلاف ما استشهد به من الريح والغلة والولد والثمرة.. فإنها متولدة من الملك، فتستحق بقدر الملك، وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه.. فكيف يجعل من ثمرات ملكه؟!

ثم لو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء له بحقه من الشفعة.. فالشفعة للباقيين في الكل على عدد رؤوسهم أيضاً دون سهامهم؛ لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم، والتشقيص كان للمزاحمة، وقد انقطعت بالتسليم.

فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ.. يُشْهَدُ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهِ أَنَّهُ يَطْلُبُهَا، وَيُسَمَّى:
طلب موأبة.

نظيره: الرهن؛ فإنه لو كان رهناً عند رجلين، فأسقط أحدهما حقه وقضى دين أحدهما.. كان الرهن كله للآخر، وليس له أن يأخذ شيئاً من الرهن، بخلاف ما لو أسقط حقه بعد القضاء له.. حيث لا يكون للباقي أن يأخذ نصيب التارك؛ لأنه بالقضاء له: قطع حق كل واحد منهم في نصيب المقضي له.. فليس لهم أن يأخذوا نصيبه بعده، وإلا.. لزم أن يكون شخص واحد مقضياً عليه ومقضياً له في قضية واحدة.

ولا فرق في هذا بين ما استوتوا في سبب الشفعة، وبين ما يكون بعضهم أقوى؛ كالشريك مع الجار.

ولو كان البعض غائباً.. يقضى [٦٠٤/أ] بالشفعة بين الحاضرين على عدد رؤوسهم؛ لأن الغائب يحتمل أن يطلب وأن لا يطلب.. فلا يترك حق الحاضرين بالشك.

وإن قضى للحاضرين بالجميع، ثم حضر آخر وطلبها.. يقضى له بالنصف؛ فإن حضر ثالث وطلبها.. يقضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية.

ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض.. لا يصح ويبطل حقه؛ لإعراضه، ويقسم بين الباقيين على عدد رؤوسهم.

(فإذا علم الشفيع).

اعلم: أنه لا بد في الشفعة من الطلب، وهو ثلاثة: طلب موأبة، وطلب إسهاد، وطلب أخذ وتملك.

فأشار إلى الأول بقوله: (بالبيع) متعلق بعلم، (يشهد) من الإسهاد (في مجلس علمه: أنه يطلبها)؛ أي: الشفعة (ويسمى) هذا الإسهاد بالطلب: (طلب موأبة)، ولا بد له من هذا الطلب؛ لقوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها».

وشرط: أن يكون على الفور كما علم بالبيع من غير تأخير؛ عملاً بلفظ الحديث؛ لأن معنى «واثبها»: طلبها على وجه السرعة والمبادرة، ولأن سكوتها وتأخيرها بعد العلم بالبيع بلا عذر: يدل على عدم طلبه، فبطلت شفעתه، ولأن الشفعة حق ضعيف، ولا بد له من الطلب فور العلم حتى لا يبطل؛ حتى قالوا: ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله، أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره.. بطلت شفעתه عند عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد.

وفي رواية عنه: له مجلس العلم حتى لا يبطل ما لم يوجد منه دليل الإعراض. وبه أخذ الكرخي وقال: وهذا بمنزلة خيار المخيرة والأمر باليد وقبول البيع.. فإنه يبقى إلى أن يوجد منه دليل الإعراض من القيام من المجلس. واستدل عليه: بأنه لما ثبت له خيار التملك.. لا بد له من زمان التأمل؛ كما في المخيرة.. فله التأمل إلى آخر المجلس.

ولو قال بعدما بلغه خبر البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو سبحان الله.. لا تبطل شفעתه على هذه الرواية؛ لأن الأول حمد على الخلاص من سوء جواره، والثاني: تعجب منه لقصد إضراره، والثالث: لافتتاح الكلام به، ولا يدل شيء منه على الإعراض.

وكذا إذا قال: من ابتاعها؟ أو بكم بيعت؟ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض.. فلا يدل ذلك قبل العلم به على الإعراض.

وكذا إذا قال: خلصني الله تعالى، أو قال للمشتري حين لقيه: السلام عليكم ورحمة الله.. بطلت الشفعة، أو قال: كيف أصبحت، أو قال: كيف أمسيت، أو قال: الله أكبر [٦٠٤/ب]، أو عطس صاحبه فشتمه، ثم قال: طلبت الشفعة.. صح طلبه.

قال في «الهداية» و«العناية»: إن الإشهاد في طلب الموائبة: ليس بشرط.

وبيّنه في «العناية»: بأن طلب الموائبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة.. فلا يشترط فيه الإشهاد.

وفي تقييده بالمجلس: إشارة إلى ما اختاره الكرخي. تأمل.

ثم اختلفوا في لفظ هذا الطلب:

قال بعضهم: يقول: طلبت الشفعة، وأنا طالبها وأطلبها.

وقال بعضهم: يطلب بلفظ الماضي أو المستقبل، ولا يجمع بينهما.

وقال بعضهم: يقول: أطلب الشفعة وأخذها، ولا يقول: طلبت الشفعة

وأخذتها؛ لأنه وقع كذباً ابتداءً، فلو قال بذلك.. بطلت شفעתه.

وقال بعضهم: لا يقول: أطلب الشفعة وأخذها؛ لأن ذلك عده محض.

والمختار: أنه يصح بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة؛ لأن الاعتبار بالمعنى،

وقوله: «طلبت الشفعة وأخذتها»: إنشاء حالي لا ماضوي.. فلا يكون كاذباً؛ كما في

بعت واشتريت، فلا تبطل به الشفعة، وهو الصحيح على ما في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: إنه إذا طلب بأي لفظ من الماضي أو المستقبل.. يصح

طلبه.

وهل يشترط العدد والعدالة في الإخبار بالبيع؟

ففي «قاضي خان»: أما طلب الموائبة: فوقته فور علم الشفيع بالبيع في ظاهر

الرواية:

إن أخبره بالبيع رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل عدل وسكت ولم يطلب

الشفعة.. بطلت شفעתه.

وإن أخبره بالبيع رجل غير عدل أو امرأة أو عبد أو صبي ولم يطلب الشفعة..

لا تبطل شفעתه في قول أبي حنيفة، وقالوا: تبطل؛ لحصول الإعلام بخبر الواحد؛

عدلاً كان أو لم يكن، حرّاً كان أو عبداً، صبيّاً كان أو بالغاً.

ثُمَّ يُشْهَدُ عِنْدَ الْعَقَارِ، أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي، أَوْ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ،

ولا يشترط العدد والعدالة عندهما.

وعند أبي حنيفة: يشترط؛ للعلم أحد شرطي الشهادة: العدد أو العدالة.

ولما ذكر طلب الموائبة.. شرع في بيان طلب الإشهاد فقال: (ثم يشهد على العقار)، هكذا في النسخ التي عندنا، ولو قال: «عند العقار» على ما في «الهداية» و«الزيلعي» وغيرهما.. لكان أولى.

(أو على المشتري أو على البائع إن كان المبيع في يده) - أي: يد البائع - يعني: قبل التسليم إلى المشتري.

ويسمى هذا الطلب: طلب إشهاد وتقرير.

قال في «قاضي خان»: وإنما يسمى هذا طلب الإشهاد لا لأن الشهادة شرط فيه، بل لتمكنه إثبات الطلب عند جحود الخصم.

فإن كان الشفيع حاضراً في مجلس البيع فطلب الشفعة بحضرة البائع [١٠٥/أ] أو المشتري.. كفاه ذلك عن الطلب الثاني - أي طلب الإشهاد - فيقوم مقام الطلبين.

وإن لم يكن كذلك؛ بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والمبيع، فذهب إلى المشتري أو إلى البائع أو إلى المبيع لطلب الإشهاد.. فالمسألة على وجوه:

إن كان البائع والمشتري والشفيع والدار المبيعة في مصر واحد، والدار في يد البائع.. فإلى أيهم ذهب الشفيع وطلب الشفعة.. صح طلبه، ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد؛ لأن المصر مع تباعد الأطراف: كمكان واحد.

إلا أن يجتاز على الأقرب ولم يطلب الشفعة.. فحينئذ تبطل شفيعته.

وإن كان البائع والمشتري والدار في مصر واحد والشفيع في بلدة أخرى؛ فإلى

فَيَقُولُ: اشْتَرَى فَلَانٌ هَذِهِ الدَّارَ، وَقَدْ كُنْتُ طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ، وَأَنَا أَطْلُبُهَا
الآنَ فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ، وَيُسَمَّى: طَلَبَ تَقْرِيرٍ وَإِشْهَادٍ.

أَيُّهُمْ ذَهَبَ الشَّفِيعَ إِلَى الْبَائِعِ وَالْدارِ فِي يَدِهِ، أَوْ إِلَى الْمُشْتَرِي، أَوْ إِلَى الدَّارِ وَطَلَبَ
الشُّفْعَةَ.. صَحَّ طَلَبُهُ.

وإن كَانَ الشَّفِيعَ مَعَ أَحَدِ الْمُتَبَايِعِينَ فِي مَصْرٍ وَاحِدٍ، وَأَحَدِ الْمُتَبَايِعِينَ وَالْدارِ فِي غَيْرِ
هَذَا الْمَصْرِ، فَقَصْدُ الشَّفِيعِ الْإِشْهَادَ بَعْدَ طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَتَرْكِ الْأَقْرَبِ إِلَيْهِ.. بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ.
وإن كَانَ الْبَائِعُ سَلَّمَ الدَّارَ إِلَى الْمُشْتَرِي؛ فَإِنْ طَلَبَ الشُّفْعَةَ مِنَ الْمُشْتَرِي
وَأَشْهَدَ.. صَحَّ طَلَبُهُ.

وَكَذَا لَوْ لَمْ تَكُنِ الدَّارُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، فَطَلَبَ مِنَ الْمُشْتَرِي.. صَحَّ طَلَبُهُ.
وإن طَلَبَ مِنَ الْبَائِعِ وَأَشْهَدَ؛ إِنْ كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ الْبَائِعِ.. صَحَّ طَلَبُهُ، وَإِلَّا..
فَلَا، وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ لَمْ يَطْلُبْ. انْتَهَى.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ إِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى طَلَبِ الْإِشْهَادِ بَعْدَ طَلَبِ الْمَوَاطَبَةِ إِذَا لَمْ يُمْكِنَ
الْإِشْهَادُ عِنْدَ طَلَبِ الْمَوَاطَبَةِ؛ بَأَن سَمِعَ الشَّرَاءَ حَالِ غِيْبَةٍ كُلِّ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي
وَالْدارِ الْمُبِيعَةِ، وَأَمَّا إِذَا سَمِعَ بِحَضْرَةِ أَحَدِ هَؤُلَاءِ وَأَشْهَدَ عَلَى طَلَبِ الْمَوَاطَبَةِ.. فَلَا
يَحْتَاجُ بَعْدَهُ إِلَى طَلَبِ الْإِشْهَادِ، بَلِ الْأَوَّلُ يَكْفِي عَنِ الطَّلِبِينَ.

ثُمَّ إِنَّمَا صَحَّ الْإِشْهَادُ عِنْدَ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعَ خَصِمَ فِيهِ؛
الْمُشْتَرِي: بِالْمَلِكِ وَالْبَائِعَ: بِالْيَدِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرِي.

وَأَمَّا بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ.. فَلَيْسَ بِخَصِمٍ لَهُ أَصْلًا، لَا مَلِكًا وَلَا يَدًا، فَلَا يَصَحُّ
الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا عِنْدَ الْعَقَارِ؛ فَلَتَعْلُقُ الْحَقَّ بِهِ.

(فَيَقُولُ) الشَّفِيعُ؛ هَذَا شُرُوعٌ فِي بَيَانِ صُورَةِ طَلَبِ الْإِشْهَادِ: (اشْتَرَى فَلَانٌ هَذِهِ
الدَّارَ وَقَدْ كُنْتُ طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ)؛ أَيِ: طَلَبَ الْمَوَاطَبَةِ، (وَأَنَا أَطْلُبُهَا)؛ أَيِ: الشُّفْعَةَ (الآنَ
فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ، وَيُسَمَّى طَلَبَ تَقْرِيرٍ وَإِشْهَادٍ) كَذَا صُورُهُ فِي «الزَّيْلَعِيِّ»، وَهَذَا

ثُمَّ يَطْلُبُ عِنْدَ قَاضٍ فَيَقُولُ: اشْتَرَى فَلَانٌ دَارَ كَذَا، وَأَنَا شَفِيعُهَا بِسَبَبِ كَذَا، فَمُرْهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيَّ، وَيُسَمَّى: طَلَبَ خُصُومَةٍ وَتَمْلِيكِ.

بناءً على الإشهاد عند الدار المبيعة.

وأما صورة الإشهاد على المشتري.. فعلى ما ذكره في «قاضي خان»: أن يقول الشفيع [٦٠٥/ب] للمشتري حين لقيه: أطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، وأنا شفيعها بالجوار بدار أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، فسلمها لي ولا بد على إطلاقه.

وأسند في «الهداية» و«الزيلعي» لزوم بيان المبيع وبيان تحديده إلى أبي يوسف.

اعلم: أن هذا الطلب إنما يثبت عند التمكن من الإشهاد، حتى لو تمكن ولم يشهد.. بطلت شفيعته.

ولو لم يتمكن؛ بأن كان الشفيع في الطريق ولم يجد أحداً يوكله.. لم تبطل.

قال في «قاضي خان»: إن علم الشفيع بالبيع وهو في طريق مكة، فطلب طلب الموائبة ولم يقدر على طلب الإشهاد بأن لم يكن البائع والمشتري في الرفقة.. فإنه يؤكل وكيلاً يطلب الشفعة؛ فإن لم يؤكل ومضى في الطريق؛ فإن وجد من يوكله بالطلب ولم يؤكل.. تبطل شفيعته.

وإن لم يجد وكيلاً ووجد فيجاً - أي: رسولاً - يكتب كتاباً على يديه ويؤكل بالكتاب وكيلاً؛ فإن لم يفعل.. بطلت شفيعته.

وإن لم يجد وكيلاً، ولا فيجاً.. لا تبطل شفيعته حتى يجد؛ لأنه معذور. انتهى.

وذكر الثالث بقوله: (ثم يطلب) الشفيع (عند قاضٍ فيقول: اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا) من الشركة والجوار (فمره بالتسليم إلي، ويسمى: طلب خصومة وتمليك) ولا بد له من هذا الطلب إن أبى المشتري من أن يسلم الدار إليه

وَلَا تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِهِ مُطْلَقاً فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.
وَقِيلَ: يَفْتَى بِقَوْلِ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ إِنْ أَخْرَهُ شَهْراً بِلَا عُذْرٍ.. بَطَلَتْ.

بعد طلب الإشهاد؛ لأنه لا يحكم له بالمبيع بدونه.

(ولا تبطل الشفعة بتأخيرها)؛ أي: تأخير هذا الطلب؛ أي: طلب خصومة وتمليك (مطلقاً)؛ أي: بلا تعيين بمدة من شهر أو ثلاثة أيام فقط.

(في ظاهر المذهب) عن أبي حنيفة وأبي يوسف، (وعليه الفتوى)؛ لأن الحق متى ثبت واستقر بطلب الموائبة والإشهاد.. لا يبطل إلا بإسقاطه صريحاً كما في سائر الحقوق.

وهذا فيما إذا تركه من غير عذر؛ لأنه إذا تأخر بعذر المرض والسفر أو غيرهما من الموانع، ولا يمكنه التوكيل بهذا الطلب.. لا تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب أبداً بالاتفاق، على ما صرح به في «العناية».

(وقيل: يفتى بقول محمد: أنه إن أخره شهراً بلا عذر.. بطلت)؛ لأنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة أبداً.. لتضرر المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع، فقد رناه بشهر لأنه آجل، وما دونه: عاجل.

وفي «قاضي خان»: ولو أن الشفيع بعد طلب الموائبة والإشهاد لم يرفع الأمر إلى القاضي؛ إن لم يتمكن من الرفع لمرض، أو حبس [١/٦٠٦]، أو منع مانع ولم يجد من يوكله بالخصومة عند القاضي.. لا تبطل شفيعته؛ فإن لم يرفع مع التمكن من المرافعة.. ذكر في الكتاب: أنه على شفيعته أبداً وإن حال الزمان.

قالوا: هذا قول أبي حنيفة.

واختلفت الروايات عن محمد:

في رواية: إن مضى شهر ولم يرفع مع التمكن.. بطلت شفيعته.

وفي رواية أخرى: إذا مضى شهر وثلاثة أيام.

وفي رواية عنه: إذا مضى ثلاثة أيام ولم يرفع.. بطلت شفيعته.

وَإِذَا ادَّعى الشِّرَاءُ وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ.. سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدَّعى عَلَيْهِ؛ فَإِنْ أَقَرَّ بِمِلْكٍ مَا يَشْفَعُ بِهِ أَوْ نَكَلَ عَنِ الْحَلْفِ عَلَى الْعِلْمِ بِمِلْكِيَّتِهِ، أَوْ بَرَهَنَ الشَّفِيعُ.. سَأَلَهُ عَنِ الشِّرَاءِ:

واختلف فيه عن أبي يوسف أيضاً.

والفتوى: على أنه شهر. انتهى.

وفي «الزيلعي»: أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في ظاهر الرواية.

ثم ذكر فيه: ولو كان التأخير من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجواز في بلدة.. لا تسقط شفعته بالإجماع وإن طالبت المدة؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة في مصره؛ فإن عدم قاض يرى الشفعة بالجواز: من الموانع المرخصة التأخير، وهكذا في «قاضي خان» أيضاً.

بخلاف ما إذا أجبر اليهود بالبيع يوم السبت، فلم يطلب.. حيث تبطل شفعته؛ لأنه غير معذور في التأخير.

وكذا لو كان الشفيع في عسكر خوارج أو أهل بغية، فخاف على نفسه أن يدخل في عسكر أهل العدل، فلم يطلب شفعته؛ لأنه غير معذور أيضاً.

(وإذا ادعى)؛ أي: إذا تقدم الشفيع إلى القاضي وادعى (الشراء) على المشتري، (وطلب الشفعة) عند القاضي (.. سأل القاضي المدعى عليه) وهو المشتري؛ (فإن أقر) المدعى عليه (بملك ما يشفع به)؛ أي: سأل القاضي المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع: هل هي ملك الشفيع أم لا؟ فإن أقر أنها ملكه.

(أو نكل عن الحلف)؛ أي: عند إنكار المدعى عليه بملك ما يشفع به (على العلم بملكيته)، وإنما يحلف على العلم؛ لأن الاستحلاف على ما في يد غيره.

(أو برهن الشفيع) على أنها ملكه (.. سأله)؛ أي: سأل القاضي المشتري (عن الشراء) فيقول له: هل اشتريت أم لا؟

فَإِنْ أَقْرَبَ بِهِ أَوْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ أَنَّهُ مَا ابْتِاعَ، أَوْ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ هَذِهِ الشُّفْعَةَ، أَوْ بَرَهَنَ الشُّفْعِيَّ.. قُضِيَ لَهُ بِهَا.

(فإن أقر به)؛ أي: بالشراء (أو نكل عن اليمين أنه ما ابتاع، أو ما يستحق عليه هذه الشفعة)؛ أي: من الوجه الذي ادعاه الشفيع من جهة الشركة أو الجوار (أو برهن الشفيع.. قضى له)؛ أي: للشفيع (بها)؛ أي: بالشفعة؛ لثبوتها عنده. هذا هو بيان كيفية طلب الأخذ.

وقد ذكر فيه: سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولاً عقيب طلب الشفيع، وليس كذلك.. بل القاضي يسأل أولاً للمدعي - قبل أن يتوجه على المدعى عليه - عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدود؛ لأنه ادعى حقاً فيها.. فلا بد أن تكون الدار معلومة؛ لأن [٦٠٦/ب] دعوى المجهول لا تصح.. فصار كما إذا ادعى رقبته.

فإذا بين المدعي ذلك.. سأله القاضي أيضاً: هل قبض المشتري الدار أم لا؟ لأنه إذا لم يقبضها.. لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع. فإذا بين ذلك.. سأله عن سبب شفيعته وحدود ما يشفع بها؛ لأن الناس مختلفون فيه، فلعله ادعاه بسبب غير صالح لو يكون هو محجوباً بغيره. وإذا بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره.. سأله أنه متى علم وكيف منع حين علم؟ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه.. فلا بد من كشف ذلك.

فإذا بين ذلك.. سأله عن طلب التقرير: كيف كان؟ وعند من أشهد؟ وهل كان الذي أشهد عنده أقرب من غيره أم لا؟ فإذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه، ثم دعواه.

وَلَا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَقْتُ الدَّعْوَى؛ فَإِذَا قَضَى لَهُ.. لَزِمَ إِحْضَارُهُ،...

ثم أقبل القاضي على المدعى [عليه]^(١) فسأله عن الدار التي يشفع بها: أهى ملك الشفيع أم لا؟

فإن أنكر المدعى عليه كونها ملكاً للشفيع.. يقول للمدعي: أقم البينة أنها ملكك.

فإن عجز عن البينة وطلب يمين المدعى عليه.. استحلف بالله: ما لم يعلم أنه مالك لها، عند أبي يوسف.

وقال محمد: يحلف على البتات.

فإن نكل، أو قامت للشفيع بينة، أو أقر المشتري بذلك.. ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها، وبذلك يثبت سبب الشفعة.

وبعد ذلك: يسأل القاضي المدعى عليه: عن الشراء كما ذكره المصنف. كذا في «الزيلعي».

بقي الكلام في بيان الخصم الشرعي عند الدعوى.

فقال في «قاضي خان»: إذا رفع الأمر إلى القاضي.. فإن القاضي لا يسمع دعواه إلا بحضرة الخصم:

فإن كان الدار في يد البائع.. يشترط لسماع الدعوى: حضرة البائع والمشتري.

وإن كانت الدار في يد المشتري.. كفاه حضرة المشتري.

(ولا يشترط إحضار الثمن وقت الدعوى)؛ أي: يصح للشفيع دعوى الشفعة من

غير إحضار الثمن إلى مجلس القاضي.

(فإذا قضى له) القاضي بالشفعة (.. لزم إحضاره)؛ أي: إحضار الثمن، وهذا

ظاهر رواية «الأصل».

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٢٤٥/٥).

وَلِلْمُشْتَرِي حَبْسُ الدَّارِ لِقَبْضِهِ، وَلَا تَبْطُلُ شَفَعَتُهُ بِتَأْخِيرِ الثَّمَنِ بَعْدَ مَا أَمَرَ بِأَدَائِهِ.

وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُخَاصِمَ الْبَائِعَ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ.
وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي،

وعن محمد: أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ احترازاً عن توى الثمن.

وجه الظاهر: أن الثمن قبل القضاء: غير واجب عليه، ولا يجب التسليم قبل الوجوب.. فلا معنى لإحضاره قبل القضاء، غير واجب عليه بالشفعة قبل إحضاره الثمن.

(وللمشتري حبس الدار) عن الشفيع (لقبضه)؛ أي: الثمن؛ لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري، وقد كان للبائع حبس المبيع للثمن عن المشتري، فكذا هذا [٦٠٧/أ].

(ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعدما أمر بأدائه)؛ لأنها تأكدت بالقضاء.. فلا تبطل بتأخير الثمن.

بخلاف ما إذا أخر قبل القضاء بها بعد الإشهاد عليه.. فإنها تبطل عند محمد؛ لعدم تأكدها بالقضاء.

(وللشفيع أن يخاصم البائع إن كان المبيع في يده)؛ لأن يده يد أصالة.. فلا يكون خصماً.

(ولا يسمع القاضي البينة عليه)؛ أي: على البائع إن كانت الدار في يده (حتى يحضر المشتري)؛ لأن الشفيع يطلب القضاء بالملك واليد جمعياً، والملك للمشتري واليد للبائع، فيشترط حضرتهما.

بخلاف ما لو كانت الدار المبيعة في يد المشتري.. فإنه لا يشترط حينئذ حضور البائع؛ لأنه صار أجنبياً من الدعوى إذ لم يبق له يد ولا ملك أصلاً، فيسمع

فَيَفْسَخُ الْبَيْعَ بِحَضْرَتِهِ، وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ، وَيَجْعَلُ الْعَهْدَةَ عَلَيْهِ.
وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ: خَصْمٌ لِلشَّفِيعِ، مَا لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى الْمُوَكَّلِ.
وَلِلشَّفِيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ وَإِنْ شَرَطَ الْمُشْتَرِي الْبَرَاءَةَ مِنْهُ.

الدعوى على المشتري فقط بدون حضور البائع.

(يفسخ البيع بحضوره)؛ أي: بحضوره المشتري (ويقضى بالشفعة على البائع).
وجه الفسخ: أن أخذ المبيع من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض،
وفواته قبل القبض: يوجب فسخ العقد؛ لكونه قبل تمامه؛ كما إذا هلك قبل القبض
في يد البائع؛ فإذا انفسخ البيع في حق المشتري.. يقضى بحق الشفعة على البائع.
(ويجعل العهدة عليه)؛ أي: على البائع، حتى يجب تسليم المبيع وضمان الثمن
عند استحقاق المبيع عليه.

(والوكيل بالشراء: خصم للشفيع ما لم يسلم) الدار المبيعة (إلى الموكل) لأن
حقوق العقد ترجع إلى الوكيل قبل تسليم المبيع إلى الموكل، والشفعة من حقوق
العقد، وإذا سلم إليه.. لم يبق له يد ولا ملك، فترجع الحقوق إلى الموكل، فيكون
الخصم هو الموكل.

(وللشفيع: خيار الرؤية والعيب وإن) - وصلية - (شرط المشتري)؛ أي: مع
البائع (البراءة منه)؛ أي: من العيب أو رآه المشتري.

* * *

(فَضْلٌ)

وَإِنْ اِخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ.. فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي.
وَإِنْ بَرَهْنَا.. فَلِلشَّفِيعِ.
وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لِلْمُشْتَرِي.

(فَضْلٌ)

فِي بَيَانِ الإِخْتِلَافِ الْوَاقِعِ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ
(وَإِنْ اِخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ) وَعَجَزَا عَنِ الْبَيِّنَةِ .. فَالْقَوْلُ
لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَنْكَرُ مَا يَدْعِيهِ الشَّفِيعُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ الدَّارِ عَلَيْهِ بِأَقْلِ الثَّمَنِ، وَالْقَوْلُ:
قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ.
وَلَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ ثَمَّةُ نَصٍّ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ
وَجْهِ؛ لِأَنَّ التَّحَالَفَ عَرَفَ بِالنَّصِّ فِيمَا وَجَدَ الدَّعْوَى وَالْإِنْكَارَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ،
وَالْمُشْتَرِي هَهُنَا لَا يَدْعِي عَلَى الشَّفِيعِ شَيْئاً.. فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، فَلَا
يَصِحُّ الْإِلْحَاقُ بِهِ.
هَذَا فِيمَا إِذَا عَجَزَا عَنِ الْبَرَهَانِ.
وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً.. قَبِلَتْ بَيِّنَتُهُ.
(وَإِنْ بَرَهْنَا.. فَلِلشَّفِيعِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.
(وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لِلْمُشْتَرِي).
لَهُ: أَنَّ بَيِّنَةَ [٦٠٧/ب] الْمُشْتَرِي أَكْثَرُ إِثْبَاتاً؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ، فَصَارَ:
كَبِيَّةُ الْبَائِعِ إِذَا اِخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي فِي مَقْدَارِ الثَّمَنِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ.. فَإِنَّهَا لِلْبَائِعِ؛
لِكَوْنِهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتاً.
وَكَبِيَّةُ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ مَعَ بَيِّنَةِ الْمُوَكَّلِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ.. فَإِنَّهَا لِلْوَكِيلِ.

وكبيئة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد.. فإنها للمشتري؛ لكونها أكثر إثباتاً.

والشافعي مع أبي يوسف لذلك.

ولهما طريقان:

أحدهما: أنه لا تنافي بين البيتين في حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة باللف، وأخرى بألفين مثلاً، على ما شهد عليه البيتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع؛ لتأكد حقه.. فجاز أن يجعلوا موجودين في حقه، وله أن يأخذ بأيهما شاء.

بخلاف البائع مع المشتري؛ لأنهما لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، فالجمع بينهما غير ممكن، فيصار إلى أكثرهما إثباتاً؛ لأن المصير إلى الترجيح: عند تعذر التوفيق، وهذا هو الترجيح لبينة الوكيل أيضاً؛ لأنه كالبائع والموكل كالمشتري.. فلا يمكن توالي العقدین بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق.

على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد: من أن البينة بينة الموكل.

وأما المشتري من العدو.. فقد ذكر في «السير الكبير»: أن البينة بينة المالك القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف.

ولو سلم أن البينة للمشتري.. فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر؛ إذ لا يصح البيع الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاهما محمد وأخذ بها.

والطريقة التالية حكاهما أبو يوسف ولم يأخذها، وهي: أن بينة الشفيع ملزمة؛ لأنها إذا قبلت.. وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع، شاء أو أبى، والملمزم من البيتين: أولى؛ لأنها وضعت للإلزام، وبينة المشتري غير ملزمة؛ لأنها

وَإِنْ ادَّعَى الْمُشْتَرِي ثَمَنًا، وَالْبَائِعُ أَقْلَ مِنْهُ.. أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ
قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ.

وَبِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي بَعْدَهُ.

وَإِنْ عَكْسًا.. فَبَعْدَ الْقَبْضِ يَغْتَبِرُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

إذا قبلت.. لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك، وغير الملزم في مقابلة الملزم: غير معتبر.

(وإن ادعى المشتري ثمناً والبائع أقل منه.. أخذه الشفيع بما قال البائع قبل قبض الثمن)، وذلك لأن الأمر:

إن كان على ما قال البائع.. فقد وجب الشفعة به.

وإن كان على ما قال المشتري وادعى البائع أقل منه.. فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما سيأتي بيانه، فيأخذ مما قال البائع، ولأن التملك على البائع كان بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل: «بعت».. لا يثبت للشفيع شيء [٦٠٨/أ].

ألا ترى: أنه لو أقر بالبيع وأنكره المشتري.. لا يثبت له حق الأخذ؛ فإذا كان التملك عليه بإيجابه.. كان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله.

(وبما قال المشتري بعده)؛ أي: أخذ الشفيع بما قال المشتري بعد قبض البائع الثمن عن المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأن البائع لما استوفى الثمن.. انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين وصار كالأجنبي، فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري.. فيكون القول للمشتري.

(وإن عكسًا)؛ بأن ادعى البائع ثمناً والمشتري أقل منه (.. فبعد القبض: يعتبر قول المشتري)، ولا يلتفت إلى قول البائع؛ لما ذكرناه: من أن البائع بعد استيفاء

وَقَبْلَهُ يَتَحَالَفَانِ.

وَأَيُّ نَكْلٍ .. اعْتَبِرَ قَوْلُ صَاحِبِهِ.

وَإِنْ حَلَفَا.. فُسِّخَ الْبَيْعُ، وَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ.

الضمن صار أجنبياً من العقد، فلا قول له، فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري، فيكون القول له.

(وقبله: يتحالفان) وبترادان؛ للحديث المعروف في باب التحالف.

(وأيُّ نكل) من الحلف (.. اعتبر قول صاحبه)؛ فإن نكل البائع.. اعتبر قول المشتري، فيأخذه الشفيع بقول المشتري، وإن نكل المشتري.. فيأخذه الشفيع بقول البائع.

(وإن حلفا.. فسخ) القاضي (البيع)؛ لما عرف في كتاب الدعوى.

(ويأخذه الشفيع بما قال البائع)؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم.

هذا كله: فيما إذا كان مقبوضة الثمن وعدم مقبوضيته معلوماً للشفيع.

وأما إذا لم يكن معلوماً له.. فلا يخلو:

إما أن يقر البائع بالقبض أو لا يقر.

فإن كان الثاني.. فحكمه حكم ما إذا كان الثمن غير مقبوض كما عرفت ذلك.

وإن كان الأول، والحال: أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد

المشتري:

فإما أن يقر أولاً بمقدار الثمن، ثم بالقبض أو بالعكس.

فإن كان الأول؛ كما لو قال: بعث الدار منه بألف وقبضت الثمن.. أخذها

الشفيع بقول البائع وهو الألف؛ لأنه إذا بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار.. تعلقت الشفعة بالبيع بمقدار.. تعلقت الشفعة بالبيع بذلك المقدار، ثم بقول: «قبضت الثمن»: يريد

إسقاط حق الشفيع.. فيرد عليه.

وإن كان الثاني؛ كما لو قال: قبضت الثمن وهو ألف.. لم يلتفت إلى قوله؛ لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن.. خرج من بين وصار أجنياً، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن؛ فإذا كان كذلك.. يأخذه الشفيع بما قال المشتري.

هذا كله في الاختلاف بين الشفيع والمشتري أو بين المشتري [٦٠٨/ب] والبائع في الثمن.

وإن اختلف الشفيع والمشتري في الطلب؛ بأن قال المشتري: إني قد اشتريت هذه الدار التي يريد أن يأخذها بالشفعة منذ سنة، وقد علم هذا المدعي بالشراء ولم يطلب الشفعة.. فيقول القاضي للمدعي: متى اشتري هو هذه الدار مع يمينه؟

فإن قال الشفيع: علمت منذ سنة وطلبت، وقال المشتري: لم تطلب.. كان القول قول المشتري.

وهو كالبركر إذا زُوِّجت وبلغها الخبر، فردت، فاختصما إلى القاضي، فقال الزوج: حين بلغها الخبر سكتت، وقالت: رددت حين علمت.. كان القول قولها.

ولو قالت: علمت يوم كذا ورددت.. لا يقبل قولها.

ولو قال الشفيع: لم أعلم بالشراء إلا الساعة.. كان القول قوله، وعلى المشتري البينة أنه علم قبل ذلك ولم يطلبه.

ولو قال المشتري: إنه لم يطلب الشفعة حتى لقيني، وقال الشفيع: طلبت الشفعة.. كان القول قول المشتري ويحلف بالله: أنه لم يطلب الشفعة حتى لقيك.

ولو قيل للشفيع: متى علمت؟ فقال: أمس أو في يومي قبل هذه الساعة.. لا يقبل قوله إلا بالبينة.

ولو أن رجلاً ادعى شفعة بالجوار قبيل رجل لا يرى الشفعة بالجوار، فأنكر المدعى عليه وقال: لا شفعة له.. كان القول قوله مع يمينه، ويحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار.

ولا يحلف بالله ما له قبلك شفعة في هذه الدار؛ لأنه لو حلف على ها
يحلف بناء على مذهبه، فيفوت حق المدعي.

رجلان تبايعا، فطلب الشفيع الشفعة بحضرة البائع والمشتري، فقال ا
البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشتري وأنكره الشفيع.. فالقول قول الشا
لا يصدّقان على الشفيع، على ما ذكره محمد بن الفضل.

اشترى داراً لابنه الصغير، فأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة، واختلفا
في الثمن.. فالقول قول الأب، ولا يمين على الأب؛ لأن فائدة الاستحلاف
وإقرار الأب لا يصح على الصغير.

اشترى داراً فحضر الشفيع، فأراد أن يأخذ الدار، فقال المشتري: أح
بناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتها مبنية كما هي.. كان القول قول المش
أقام البينة.. كانت بينة الشفيع أولى.

وكذا لو اشترى أرضاً، فحضر الشفيع وفيها أشجار واختلفا على ه
يكون القول قول المشتري إذا لم يكذبه الظاهر؛ بأن قال: أحدثت فيه
أمس.. فإنه حينئذ لا يقبل قول المشتري [٦٠٩/].

وإن قال: اشتريت منذ عشرين يوماً وأحدثت فيها الأشجار.. قبل قوا
وإن قال المشتري: اشتريت البناء بخمسمائة درهم، ثم اشتريت ا
ذلك، أو قال: اشتريت الأرض بدون البناء أولاً، ثم اشتريت البناء بعقد
شفعة لك في البناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما معاً في صفقة واحدة:
في القياس: يكون القول قول المشتري.

وفي الاستحسان: يكون القول قول الشفيع؛ لأن المشتري ينكر ا
البناء؛ لتفرق الصفقة بعد قيام سبب الشفعة ظاهراً.. فلا يقبل قوله.

وَإِنْ حَطَّ عَنِ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ .. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِالْبَاقِيِ .
وَإِنْ حَطَّ الْكُلَّ .. يَأْخُذُهُ بِالْكُلِّ .

ولو قال المشتري: وهب لي البناء أولاً، ثم اشترت الأرض.. كان القول قول المشتري، ويأخذ الشفيع الأرض بدون البناء.

ولو قال: اشترت النصف، ثم النصف الآخر، وقال الشفيع بالجوار: اشترت الكل بعقد واحد.. كان القول قول الشفيع استحساناً، وإن أقاما البينة.. كانت البينة بينة المشتري في قول أبي يوسف؛ لأنه هو المحتاج إلى البينة، وعلى قول محمد: البينة بينة الشفيع.

وإن قال المشتري: وهب لي هذا البيت من الدار بطريقه إلى باب الدار، ثم باعني ما بقي من الدار بألف درهم، وقال الشفيع: بل اشترت كل الدار بألف درهم.. كان القول قول المشتري في البيت، ويأخذ الشفيع كل الدار غير البيت وطريقه إن شاء بألف.

وإن جحد البائع هبة البيت.. كان القول قوله مع يمينه. الكل في «قاضي خان».
(وإن حط) البائع (عن المشتري بعض الثمن.. يأخذه الشفيع بالباقي)؛ أي: من الثمن.

(وإن حط الكل.. يأخذه بالكل)؛ لأن حط البعض قبل القبض يلتحق بأصل العقد، فيصير كأنه اشتراه بذلك الباقي، فيظهر ذلك في حق الشفيع؛ لأنه إنما يأخذ بالثمن، والثمن هو ما بقي.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده؛ لوجود الالتحاق في الصورتين، فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن.
ولو حط بعضه بعد تسليمه الشفعة.. كان له أن يأخذها بالباقي؛ لأنه تبين له أن الثمن أقل، فلا يصح تسليمه.

وَإِنْ حَطَّ النَّصْفُ ثُمَّ النَّصْفُ.. يَأْخُذُ بِالنَّصْفِ الْآخِرِ.

وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ.. لَا تَلْزُمُ الشَّفِيعُ الزِّيَادَةُ.

وَإِذَا كَانَ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا.. لَزِمَ الشَّفِيعُ مِثْلُهُ.

وَإِنْ قِيمِيًّا.. فَقِيمَتُهُ.

وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا.. أَخَذَ بِثَمَنِ حَالٍ.

أَوْ يَطْلُبُ فِي الْحَالِ وَيَأْخُذُ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجَلِ.

بخلاف حط الكل؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد؛ لثلا يخرج العقد عن موضوعه؛

لأنه لو التحق به.. لكان هبة أو بيعاً بلا ثمن، وهو فاسد، فلا شفعة فيها.

(وإن حط النصف ثم حط (النصف) الآخر.. (يأخذ) الشفيع (بالنصف

الآخر)؛ لأنه لما حط النصف الأول.. التحق [٦٠٩/ب] بأصل العقد، فوجب عليه

نصف الثمن، فلما حط النصف الآخر.. كان حطاً للجميع، فلا يسقط؛ كما لا يسقط

الكل ابتداء.

(وإن زاد المشتري في الثمن.. لا تلزم الشفيع الزيادة)؛ لأنه استحق أخذه

بالثمن المسمى قبل الزيادة، فلا يملك إبطال حقه الثابت له، فلا يتغير العقد في

حقه؛ كما لا يتغير بتجديدهما العقد؛ لما يلحقه بذلك من الضرر؛ لأنه يحتمل أنهما

تواضعا على ذلك إضراراً بالشفيع، بخلاف الحط؛ لأنه نفع له.

(وإذا كان الثمن مثلياً.. لزم الشفيع مثله).

(وإن كان قيميًّا.. فقيمته)؛ لأن الشفيع يملكه بمثل ما يملكه المشتري؛ إن

مثلياً.. فمثلي، وإن قيميًّا.. فقيمي، حتى لو باع داراً بدار.. أخذ الشفيع كل واحد

منهما بقيمة الآخر؛ لأنها من القيميات.

(وإن كان الثمن (مؤجلاً.. أخذ) الشفيع (بثمن حال أو يطلب) الشفعة (في

الحال، ويأخذ) الدار (بعد مضي الأجل)؛ يعني:

وَلَا يَتَعَجَّلْ مَا عَلَى الْمُشْتَرِي لَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالْحَالِ.
وَلَوْ سَكَتَ عَنِ الطَّلَبِ لِيَحُلَّ الْأَجْلُ.. بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ.
خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ.

الشفيع مخير بين الأمرين، وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل عندنا.
وقال زفر والشافعي في القديم: له ذلك؛ لأن كونه مؤجلاً وصف في ضمن
كالزياة والأخذ بالشفعة بالضمن، فيأخذه بأصله ووصفه معاً كما في الزيوف.

ولنا: أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع
والمشتري.. فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما، ولأنه لا بد في الشفعة من الرضاء؛
لكونها مبادلة، ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضاء به في حق
المشتري ليس برضى في حق الشفيع، ولا مستلزم له؛ لتفاوت وصف الشيء يتبعه لا
محالة، وهذا ليس كذلك؛ لأنه حق المشتري، والضمن حق البائع.. فكيف يكون
وصفاً له؟ وإلا.. لزم أن يكون الأجل حقاً للبائع أيضاً.

ثم للشفيع أن يأخذها بضمن حال؛ إن شاء من البائع ومن المشتري.
فإذا أخذها بضمن حال من البائع.. سقط ضمن من المشتري؛ لتحول الصفقة إلى
الشفيع، فصار المشتري أجنياً.

وإن أخذها من المشتري.. رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان،
واليه أشار بقوله: (ولا يتعجل ما على المشتري) من ضمن المؤجل (لو أخذ الشفيع
بالحال)؛ أي: بالضمن الحال؛ لأن الأجل يثبت بالشرط، فلا يبطل بأخذ الشفيع بضمن
حال؛ كما لا يبطل بيعه من غير الشفيع بضمن حال.

(ولو سكت) الشفيع فيما كان ضمن مؤجلاً إلى أجل معلوم (عن الطلب ليحل
الأجل.. بطلت شفعته) عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولاً.
(خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ).

له: أن الطلب ليس [٦١٠/أ] بمقصود لذاته، بل للأخذ، وهو لا يمكن من الأخذ

وَلَوْ اشْتَرَى ذِمِّي بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ.. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ الذِّمِّيُّ بِمِثْلِ الْخَمْرِ
وَقِيَمَةِ الْخِنْزِيرِ، وَالْمُسْلِمُ بِالْقِيَمَةِ فِيهِمَا.

فِي الْحَالِ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ، فَلَا فَائِدَةَ فِي طَلْبِهِ فِي الْحَالِ، فَلَا يَكُونُ
سَكَوْتُهُ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ حَتَّى يَبْطُلَ شَفَعَتُهُ.

وَلَهُمَا: أَنْ حَقَّ الشَّفِيعِ قَدْ ثَبَتَ، وَلِهَذَا.. كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِثَمَنِ حَالٍ، وَلَوْلَا أَنْ
حَقَّهُ ثَابِتٌ.. لَمَا كَانَ لَهُ الْأَخْذُ فِي الْحَالِ.

وَالسَّكَوتُ عَنِ الطَّلَبِ فِي الْحَالِ بَعْدَ ثُبُوتِ حَقِّهِ: دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ، فَتَبْطُلُ بِهِ
شَفَعَتُهُ، فَلَا بَدَلَ لَهُ مِنَ الطَّلَبِ وَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ الْأَخْذِ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ.

(وَلَوْ اشْتَرَى ذِمِّي بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ.. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ الذِمِّيُّ بِمِثْلِ الْخَمْرِ؛ لِأَنَّ
الذِّمِّيَّ يَمْلِكُ مِثْلَ الْخَمْرِ وَهُوَ مِنَ الْمُثْلِيَّاتِ، فَيَأْخُذُهُ بِمِثْلِهِ.

وَاحْتَرَزَ بِقَيْدِ الذِّمِّيِّ: عَنِ الْمَرْتَدِّ؛ إِذْ لَا شَفْعَةَ لَهُ، وَعَنِ الشَّفِيعِ الْمُسْلِمِ؛ لَمَا
سَيَّأَتِي ذَكَرَهُ.

(وَقِيَمَةُ الْخِنْزِيرِ) لِأَنَّ الذِّمِّيَّ يَمْلِكُهُ وَهُوَ مِنَ الْقِيَمِيَّاتِ، فَيَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ.

(وَالْمُسْلِمُ)؛ أَيِ: يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ الْمُسْلِمُ (بِالْقِيَمَةِ فِيهِمَا)؛ أَيِ: فِي الْمَشْتَرَى بِخَمْرٍ
وَخِنْزِيرٍ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَمْلِكُ شَيْئاً مِنَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، فَيَأْخُذُهُ بِالْقِيَمَةِ فِيهِمَا.

فَإِنْ قِيلَ: قِيَمَةُ الْخِنْزِيرِ تَقُومُ مَقَامَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ مَا يَكُونُ مِنَ الْقِيَمِيَّاتِ: تَقُومُ
مَقَامَهُ، فَوَجِبَ أَنْ يَحْرَمَ عَلَى الْمُسْلِمِ قِيَمَتُهُ أَيْضاً، بِخِلَافِ قِيَمَةِ الْخَمْرِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ
الْمُثْلِيَّاتِ.. فَلَا يَقُومُ قِيَمَتُهُ مَقَامَهُ، فَيَجُوزُ عَلَى الْمُسْلِمِ تَمْلِيكُ قِيَمَتِهِ.

قُلْنَا: إِنَّمَا يَحْرَمُ عَلَى الْمُسْلِمِ تَمْلِيكُ قِيَمَةِ الْخِنْزِيرِ إِذَا كَانَتِ الْقِيَمَةُ بَدَلاً عَنِ
الْخِنْزِيرِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا هَهُنَا بَدَلٌ عَنِ الدَّارِ لَا عَنِ الْخِنْزِيرِ.

وَالْمُسْتَأْمَنُ كَالذِّمِّيِّ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرَ مِنَ الْأَحْكَامِ؛ لِاتِّزَامِهِ أَحْكَامَنَا مَدَّةَ إِقَامَتِهِ
فِي دَارِنَا، فَصَارَ كَالذِّمِّيِّ فِي تِلْكَ الْمَدَّةِ. كَذَا فِي «الزَّيْلَعِيِّ».

وَلَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي أَوْ غَرَسَ.. أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ، وَبَقِيَّتَهُمَا مَقْلُوعَيْنِ؛ كَمَا فِي الْغَضَبِ، أَوْ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُمَا.

(ولو بنى المشتري أو غرس)؛ أي: على الأرض المشفوعة (.. أخذها)؛ أي: الأرض المشفوعة (الشفيع بالثمن) الذي اشترى بذلك الثمن المشتري (وبقيتهما)؛ أي: قيمة البناء والغرس (مقلوعين)؛ أي: مستحق القلع لا مقلوعاً بالفعل، على ما تقدم الفرق بينهما في «كتاب الغصب».

(كما في الغصب، أو كلف المشتري قلعهما)؛ أي: قلع البناء والغرس.

وعن أبي يوسف: أنه لا يكلف بالقلع، بل يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك، وهو أحد قولي الشافعي.

وله قول آخر، وهو: أن يقلع الغرس ويعطي قيمة البناء.

لأبي يوسف: أنه ليس بمتعد في البناء والغرس، بل بنى وغرس بناء على أنهما ملكه، فيكون محققاً في البناء والغرس، والمحقق في الشيء: لا يكلف بقلعه؛ لأن التكليف بالقلع من أحكام [٦١٠/ب] العدوان:

كالموهوب له إذا بنى أو غرس.. ليس للواهب أن يكلف بالقلع، بل يرجع في الأرض.

وكالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو زرع.. فإنه ليس له أن يكلف بقلع البناء والزرع.

ووجه ظاهر الرواية: أن المشتري بنى وغرس في محل تعلق به حق متأكد للغير؛ بحيث لا يقدر على إسقاطه جبراً من غير تسليط من جهة من له الحق، وكل ما هو كذلك.. نقض؛ كالراهن إذا بنى أو غرس في المرهون.

وهذا: لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري، ولهذا.. ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة. على ما في «الزيلعي».

بخلاف بناء الموهوب له والمشتري شراء فاسداً؛ فإن بناءهما حصل بتسليط

وَلَوْ اسْتَحَقَّتْ بَعْدَ مَا بَنَى الشَّفِيعُ، أَوْ غَرَسَ.. رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَقَطْ.

وَإِنْ جَفَّ الشَّجَرُ أَوْ انْهَدَمَ الْبِنَاءُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ إِنْ شَاءَ.

الواهب والبائع، فليس لهما التكليف بالقلع، ولا تسليط ههنا من الشفيع.. فله أن يكلف بالقلع.

(ولو استحققت) الأرض المشفوعة (بعد ما بنى الشفيع أو غرس)، فكلف المستحق الشفيع بقلع البناء والغرس، فقلع الشفيع البناء والغرس (رجع) الشفيع (على المشتري بالثمن)؛ لأنه تبين: أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق؛ لأن الأرض لم تكن في ملكه، فيسترد الثمن منه.

(فقط)؛ أي: دون قيمة البناء والغرس، لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشتري إن كان أخذها منه.

قال في «الزيلعي»: معناه: أنه لا يرجع بما نقص البناء والغرس بالقلع.

ثم هذا جواب ظاهر الرواية.

عن أبي يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضاً؛ لأنه متملك عن المشتري، فكان كالمشتري، والمشتري في صورة الاستحقاق: يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء.. فكذاك الشفيع.

ووجه الظاهر: هو الفرق بينه وبين المشتري؛ بأن المشتري مغرور من جهة البائع مسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري؛ لأن الشفيع أخذها منه جبراً.

(وإن جف الشجر أو انهدم البناء)؛ يعني: اشترى أرضاً فيها شجر أو بناء، فجف الشجر أو انهدم البناء من غير صنع أحد (عند المشتري.. يأخذها)؛ أي: الأرض (الشفيع بكل الثمن إن شاء)، ولا يسقط من الثمن؛ لأن الشجر والبناء تابعان

وَإِنْ هَدَمَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ.. أَخَذَ الشَّفِيعُ الْعَرَصَةَ بِحَصَّتِهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ النِّقْضِ.

وَإِنْ شَرَى الْمُشْتَرِي الْأَرْضَ مَعَ شَجَرٍ مُثْمِرٍ أَوْ

للأرض؛ حتى يدخلان في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن.

قال في «الزليعي»: [هذا] إذا انهدم البناء ولم يبق [له نقض،^(١)] ولا حطب أو خشب من الشجر، وأما إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري.. فليس للشفيع أخذه لانفصاله من الأرض؛ حيث لم يكن تبعاً [أ/٦١١] من الأرض.. فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه حيثئذ: مال قائم بقي محتسباً عند المشتري، فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة.

(وإن هدم المشتري البناء.. أخذ الشفيع العرصة بحصتها) من الثمن.

(وليس له أخذ النقض) - بكسر النون - أي: المنقوض من البناء، وهذا لأنه صار بالإتلاف مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن.

بخلاف ما إذا انهدم من غير صنع؛ لأن الهلاك فيه بآفة سماوية، فلا يقاس عليه. فإذا كان له حصة من الثمن.. يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليهما.

بخلاف ما إذا انهدم بآفة سماوية وكان النقض باقياً عند المشتري.. حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس.

هذا: وتقييد الهدم بالمشتري ليس باحتراز عن الأجنبي؛ لأن نقض الأجنبي كنقض المشتري في الحكم المذكور على ما في «الزليعي».

(وإن شرى المشتري الأرض مع شجر مثمر؛ أي: عليه ثمر وقت الشراء (أو

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزليعي» (٢٥١/٥).

غَيْرِ مَثْمَرٍ، فَأَثْمَرَ فِي يَدِهِ.. أَخَذَهَا الشَّفِيعُ مَعَ الثَّمَرِ فِيهِمَا.

فَإِنْ جَذَّهُ الْمُشْتَرِي.. فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ، وَيَأْخُذُ مَا سِوَاهُ بِالْحِصَّةِ فِي الْأَوَّلِ وَبِكُلِّ الثَّمَنِ فِي الثَّانِي.

غير مثمر؛ أي: لا ثمر له وقت الشراء، (فأثمر في يده.. أخذها الشفيع مع الثمر فيهما) استحساناً.

والقياس: أن لا يكون له أخذ الثمر؛ لعدم التبعية؛ كالمنازع الموضوع فيها.

وجه الاستحسان: أنه بالاتصال خلقة: صار تبعاً من وجه؛ لأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل؛ كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض.. فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم، فكذا هذا.

(فإن جذه)؛ أي: الثمر في الفصلين (المشتري.. فليس للشفيع أخذه)؛ أي: الثمر؛ لبطلان تبعيته بالكلية بالانفصال.

(ويأخذ) الشفيع (ما سواه)؛ أي: ما سوى الثمر المقطوع من الأرض والشجر (بالحصة) من الثمن (في الأول)؛ أعني: ما اشتراه المشتري مع شجر مثمر (وبكل الثمن في الثاني)؛ أعني: ما اشتراها بشجر غير مثمر فأثمر في يده.

وهذا: لأن الثمر في الأول: كان داخلاً في العقد لوجوده حين العقد، فيكون له حصة من الثمن، فتسقط حصته منه بالقطع.

بخلاف الفصل الثاني؛ لأن الثمن فيه لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يدخل عند الأخذ في المبيع إلا تبعاً. فلا يقابله شيء من الثمن.

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ وَمَا يَبْطُلُهَا)
 إِنَّمَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ قَصْداً فِي عَقَارٍ مُلْكٌ بِعَوْضٍ هُوَ مَالٌ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ
 قِسْمَتُهُ؛ كَرَحَى وَحَمَامٍ وَبِئْرٍ.

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ وَمَا يَبْطُلُهَا)

(إنما تجب)؛ أي: تثبت (الشفعة قصداً).

احترز به عن البناء والشجر في بيع العقار؛ لأن الشفعة فيهما تجب تبعاً للعقار.
 (في عقار) وهو: ما له أصل من دار أو ضيعة.

أطلقه؛ فشمّل [٦١١/ب] ما يقسم وما لا يقسم؛ كالبئر والرحى والحمام والنهر
 والطريق؛ لأن الشفعة تجب فيها عندنا.

وقال الشافعي: لا تجب فيما لا يقسم؛ بناء على أصله: من أن الشفعة تجب
 عنده لدفع أجرة القسام ومؤونة القسمة، فلا يتحقق إلا فيما لا يقسم.

قلنا: لا نسلم أنها تجب لدفع ذلك، بل تجب لدفع ضرر سوء الجوار على
 الدوام، وذلك لا يختص بما قسم، بل تجري فيما يقسم وما لا يقسم، والمنصوص:
 يشهد لنا أيضاً: منها قوله ﷺ: «الشفعة في كل شيء؛ عقار أو ريع» إلى غير ذلك من
 العمومات، والريع: الدار.

(مُلْكٌ). على صيغة المجهول.: صفة عقار.

(بعوض هو مال)، احترز: بقوله: «بعوض»: عما ملك بهبة.. فإن الشفعة لا
 تجب فيها، ويقول: «هو مال»: عما إذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع و
 الصلح عن دم العمد والعق ونحو ذلك.. فإن الشفعة لا تجب في هذه الأشياء على
 ما سيأتي.

(وإن). وصلية. (لم يمكن قسمته؛ كرحى)؛ أي: بيت رحى على ما في

«العناية».

(وحمام وبئر) ونهر في طريق، وفيه خلاف الشافعي على ما ذكرناه من قبل.

فَلَا تَجِبُ فِي: عَرَضٍ، وَفُلْكِ، وَبِنَاءٍ وَشَجَرٍ بِيَعَا بِدُونِ الْأَرْضِ، وَلَا فِي إِرْثٍ، وَصَدَقَةٍ، وَهَبَةٍ بِلَا عَوْضٍ مَشْرُوطٍ،

(.. فلا تجب)؛ أي: لا تثبت (في عرض)؛ لقوله ﷺ: «الشفعة في كل عقار»؛ لأن سكوته ﷺ في محل البيان: يفيد نفي الحكم عن غير المذكور. (وفلك) مال ملك تثبت الشفعة؛ لأنها تسكن كالعقار. ولنا قوله ﷺ: «لا شفعة إلا في ريع أو حائط» والريع: الدار. (وبناء وشجر بيعا)؛ أي: البناء والشجر (بدون الأرض)؛ لأنهما منقولان، ولا شفعة في المنقول عندنا إلا تبعاً للعقار، حتى لو بيعا مع الأرض.. تثبت الشفعة فيهما تبعاً للأرض.

بخلاف العلو؛ فإنه تجب فيه الشفعة بدون السفلى على ما سيصرح به. وكذا: لا شفعة في بناء أو شجر بُني وغرس على أرض الوقف أو على أرض الأميرية.

(ولا في إرث وصدقة وهبة بلا عوض) مالي (مشروط)، وهذا: لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري: بمثل ما تملكه المشتري في المثليات، وبقيمته في القيميات، فقد شرط المشرع في تملك الشفيع: أن يكون تملكه بسبب كان المشتري تملكه بذلك السبب، لا بإنشاء سبب آخر.

ولهذا.. لم تثبت الشفعة فيما ملكه بالإرث والصدقة والهبة بلا عوض مشروط؛ لأنه لو أخذ الواهب والمتصدق والمورث بالشفعة.. أخذه بعوض مالي لا مجاناً، فكان أخذه بسبب غير السبب الذي تملك به الوارث والفقير والموهوب، وهذا قلب الموضوع.

بخلاف الهبة بعوض مالي مشروط في العقد، وقد وجد القبض؛ بأن وهب [٦١٢/أ] دار الرجل على أن يهب الموهوب له ألف درهم وتقابضا.. فإن فيه الشفعة؛ لأنه في معنى البيع، فيأخذه الشفيع بذلك العوض.

وَمَا يَبِيعُ بِخِيَارِ الْبَائِعِ أَوْ يَبِيعُ فَاسِداً.. مَا لَمْ يُسْقِطْ حَقَّ الْفُسْخِ.

(وما يبيع)؛ أي: لا شفعة فيما يبيع (بخيار البائع)؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه، وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة؛ لأن شرط ثبوتها: أن يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري، وخيار البائع يمنع ذلك.
بخلاف ما إذا أسقط البائع خياره.. فإنه حينئذ تثبت الشفعة؛ لوجود المقتضي وزوال المانع.

واختلف في اشتراط الإشهاد للشفيع عند سقوط الخيار:
قالوا: الأصح: أنه يشترط؛ لأن البيع إنما صار سبباً لزوال الملك في ذلك الوقت.

وبخلاف ما إذا اشترى بشرط الخيار.. حيث تثبت له الشفعة؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال الملك عن البائع، ووجوب الشفعة يمتنع عليه، وسيأتي ذكره.
(أو يبيعاً فاسداً)؛ لأن البيع الفاسد قبل القبض: لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقياً على ملكه، فلا يثبت للشفيع حق الشفعة.

وبعد القبض وإن كان يفيد الملك، لكن حق البائع باق فيها، ولهذا.. كان واجب الدفع؛ لدفع الفساد، ويحرم على المشتري التصرف فيها.
وفي إثبات الحق للشفيع: تقرير الفساد، فلا يجوز، وإلا.. لتحول ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع.

(ما لم يسقط) البائع الذي باع بخيار الشرط، أو يبيعاً فاسداً (حق الفسخ)؛ أعني:
الخيار في الأول.

وبناء المشتري في الدار المشفوعة أو إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو الهبة أو جعله نهراً أو غير ذلك في الثاني.
أما سقوط الخيار للبائع.. فقد تقدم بيانه.

وأما بناء المشتري فيها: فلأن حق البائع ينقطع به، فلا يملك الاسترداد؛ لأن

وَلَا فِيمَا قُسِمَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، أَوْ جُعِلَ أَجْرُهُ أَوْ بَدَلَ خُلْعٍ أَوْ عِتْقٍ، أَوْ صِلَحٍ
عَنْ دَمِ عَمْدٍ، أَوْ مَهْرًا.

حق البائع في الاسترداد في البيع الفاسد لحق الشرع، والبناء حق المشتري، وحق
العبد مقدم على حق الله تعالى؛ لاحتياج العبد، وقد بنى المشتري بتسليط البائع.. فلا
يكون له نقض.

وأما إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالمبيع أو غيره.. فلانقطاع حق البائع
أيضاً؛ فإن المشتري الشراء الفاسد لو باع المبيع بالمبيع الصحيح.. يخرج المبيع عن
ملكه، فكان للشفيع أن يأخذ بالشفعة بأي البيعين شاء؛ لانقطاع حق البائع؛ فإن أخذه
بالبيع الثاني.. أخذه بالثمن؛ لأن البيع الثاني صحيح، والواجب فيه: الثمن، فيأخذ به.
وإن أخذه بالمبيع الأول.. أخذه بالقيمة؛ لأن الواجب فيه القيمة؛ لفساد هذا
البيع، ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني [٦١٢/ب] ليأخذه الشفيع؛ لأن البيع
الثاني كان صحيحاً مفيداً للملك، وإنما فسخ لحق الشفيع.

ولو عاد حق البائع.. لبطل حق الشفيع، وذلك باطل؛ لأن ما يكون من
مقتضيات حق شخص.. لا يثبت على وجه يبطل حقه، وإلا.. لزم استلزام وجود
شيء وعدمه، وهو محال.

ولو أخرجته عن ملكه بالهبة أو جعله مهراً أو بدل خلع.. أخذه الشفيع بالقيمة.
(ولا فيما قسم بين الشركاء)؛ يعني: لو اقتسم الشركاء العقار بينهم.. فلا شفعة
لجارهم بالقسمة؛ لأن القسمة تشمل الإفراز والمبادلة، والشفعة ما شرعت إلا في
المبادلة المطلقة، وهي المبادلة من كل وجه.

(أو جعل) العقار (أجرة)؛ بأن استأجر داراً من رجل [وجعل] العقار أجرة له.

(أو جعل) (بدل خلع أو بدل) (عتق) بأن عتق عبداً على دار.

(أو بدل) (صلح عن دم عمد، أو جعله) (مهراً) لامرأة تزوجها.

والأصل ههنا: ما ذكرناه في الإرث والصدقة والهبة.

وَإِنْ قُبِلَ بَعْضُهُ مَالٌ.
وَعِنْدَهُمَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الْمَالِ.
وَلَا فِيمَا صُولِحَ عَنْهُ بِإِنْكَارٍ

وتوضيحه: أن الشرع لم يشرع التملك بالشفعة إلا بما يملك به المشتري: صورة ومعنى؛ كما في المثليات، أو معنى؛ كما في القيميات، ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه المعاني؛ لأنها ليست بأموال، ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها.. فلا يمكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بما يملك به المشتري، فلم يكن مشروعاً، وفيها خلاف الشافعي.

أطلق المهر؛ فشمّل: المهر المسمى؛ بأن جعل العقار مهراً مسمى حين العقد أو بعد العقد.

ومهر المثل؛ بأن تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها عقاراً بدل مهر المثل. بخلاف ما لو باع العقار من زوجته بمهر مسماها أو بمهر مثلها.. فإنه ثبت فيه الشفعة؛ لأنه مبادلة مال بمال؛ لأن ما أعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وإن وصلية (قوبل ببعضه)؛ أي: بعض العقار الذي جعله مهراً (مال)، وذلك بأن تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة على الزوج ألف درهم في مقابلة بعض الدار.. فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة؛ لأن معنى البيع فيه: تابع، ولا شفعة في المتبوع.. فكذا في التابع.

(وعندهما: تجب) الشفعة (في حصة المال)؛ لأنه مبادلة بمال في الحصة، فتجري فيه الشفعة.

(ولا فيما صولح عنه)؛ أي: ولا شفعة في عقار صولح عنه بمال؛ لأنه إذا صالح عنه (بإنكار).. بقي العقار في يده، وهو يزعم أنه لم يزل عن ملكه، والشفعة تبتنى على زوال الملك.

أَوْ سَكُوتٍ.

وَتَجِبُ فِيهَا صُلوَحٌ عَلَيْهِ بِأَحَدِهِمَا.

وَلَا فِيهَا سَلِمَتْ شَفْعَتُهُ ثُمَّ رُدَّ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ بِخِيَارِ عَيْبٍ بِقَضَاءٍ.

وَمَا رُدَّ بِهِ بِلَا قَضَاءٍ، أَوْ بِالْإِقَالَةِ.. تَجِبُ فِيهِ.

(أو سكوت)؛ لأنه يحتمل بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه [٦١٣/١]؛ كما إذا أنكر صريحاً.

بخلاف ما إذا صالح عنه بإقراره؛ لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح، فكان مبادلة مال بمال، فتجري فيه الشفعة.

(وتجب) الشفعة. أي: تثبت. (فيما)؛ أي: في عقار (صولح عليه بأحدهما)؛ أي: بإنكار أو سكوت.

وكذا: بإقراره على ما في «الهداية»؛ لأنه أخذه عوضاً عن حقه في زعمه، فكان مبادلة مال بمال.

ولا بد أن يكون العوض من غير جنس حقه؛ لأنه إذا كان من جنس حقه.. كان أخذه لحقه، فليس فيه معاوضة، فلا تجب فيه الشفعة. كذا في «الهداية» و«العناية».

(ولا فيما سلمت شفيعته، ثم رد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء)؛ يعني: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم رد العقار على البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان، أو بخيار عيب بقضاء قاضٍ.. لا شفعة فيها؛ لأنه فسخ من كل وجه، فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً، فعاد إلى قديم ملك البائع، والشفعة تجب في الإنشاء لا في البقاء على ما كان، ولا فرق في ذلك: بين أن يكون الفسخ قبل القضاء أو بعده.

(وما رد به)؛ أي: بخيار عيب (بلا قضاء أو بالإقالة.. تجب) الشفعة (فيه)؛ لأن الإقالة بيع جديد في حق الثالث. وهو الشفيع على ما تقدم في الإقالة. فتجري فيها الشفعة.

وَتَجِبُ فِي الْعُلُوِّ وَحْدَهُ.

وَفِي السُّفْلِ بِسَبَبِهِ.

والرد بعيب بلا قضاء: ليس بفسخ من كل وجه، بل هو إقالة، فتجري فيها الشفعة أيضاً.

قال في «الهداية» و«العناية»: إذا رد بعيب بقضاء قاض.. لا فرق فيه بين القبض وعدمه في عدم ثبوت الشفعة.

وأما إذا رد بعيب بغير قضاء؛ فإن كان الرد قبل القبض.. فلا شفعة فيه أيضاً؛ لأنه فسخ لا بيع من الأصل، وإن كان الرد بعد القبض.. ففيه الشفعة.

وقال في «الزليعي»: إنما يستقيم هذا على قول محمد؛ لأن بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض؛ كما في المنقول، فلا يمكن حمله على البيع، فيحمل على الفسخ. (وتجب) الشفعة. أي: تثبت. (في العلو وحده)؛ أي: بدون السفلى.

بخلاف البناء بدون العرصه.. فإنه لا تجب الشفعة في البناء وحده بدون العرصه على ما تقدم في أول هذا الباب.

(وفي السفلى بسببه)؛ أي: بسبب العلو.

ولا يخفى عليك: أن هذه المسألة لم تقع في محلها عقيب قوله في أول الباب : «وبناء وشجر يباع بدون الأرض» بأن يقول هكذا: «ولا تجب في عرض وفلك وبناء وشجر يباع بدون الأرض، بخلاف العلو بدون السفلى؛ فإنه يجب فيه الشفعة [٦١٣/ب] بدون السفلى، وبسببه تجب الشفعة في السفلى أيضاً» على ما وقع في «الهداية»؛ حيث قال فيها:

ولا شفعة في البناء والنخل إذا يباع بدون العرصه، بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة في السفلى.

ثم لا يخفى: أن استحقاق الشفعة في السفلى بسبب العلو:

قد يكون بالجوار، وقد يكون بالشركة.

والأول: فيما كان طريق العلو في السكة لا في السفلى.. فإنه حيثئذ يكون العلو طاراً للسفل.

والثاني: فيما كان طريق العلو في السفلى.. فإنه حيثئذ يكون العلو شريكاً للسفل في الطريق الخاص، فيكون مقدماً على الجار في حق الشفعة.

قال في «قاضي خان»: علو لرجل وسفل لآخر، وطريق العلو في السكة العليا لا في السفلى، باع صاحب السفلى سفله.. كان لصاحب العلو أن يأخذ السفلى بالشفعة؛ لأن السفلى متصل بالعلو، فكانا جارين.

ولو أن صاحب العلو طلب الشفعة، فانهدم العلو قبل أن يأخذ أو كان العلو مهدماً حين بيع السفلى.. كان لصاحب العلو أن يأخذ السفلى بالشفعة في قول محمد؛ لأن له حق التعلي على السفلى، فيأخذ بذلك.

وقال أبو يوسف: إذا انهدم العلو.. لا شفعة له.

وصاحب السفلى بشفعة العلو: أحق من الجار في قول أبي حنيفة؛ إذا لم يكن للجار شركة في الطريق. انتهى.

قلت: صح وجه الطرفين لو أن محمداً قال: إن الشفعة في العلو لا تستحق بعين البناء؛ لأن البناء مما يحول وينقل.. فيكون من المنقولات، وقد تقدم: أنه لا شفعة في المنقول، وإنما تستحق بسبب قرار البناء؛ أعني: حق التعلي، وهذا قائم لم ينزل بانهدام البناء، ولذا.. كان لصاحب العلو البناء على السفلى وإن لم يرض صاحب السفلى؛ فإذا قام بسبب الشفعة بعد الانهدام.. كان له حق الشفعة بعده.

وقال أبو يوسف: إن الشفعة إنما تستحق بما هو مملوك للشفيع؛ بدليل: أن الساكن لا يستحق الشفعة لانعدام الملك، وحق التعلي غير مملوك؛ لأنه عبارة عن الهواء، وإنما المملوك هو البناء، وقد انعدم بالانهدام، فلم يبق له سبب الشفعة قبل أن يأخذ، فتبطل شفيعته.

وَفِيمَا يَبِيعُ بِخِيَارِ الْمُشْتَرِي.

وَإِنْ يَبِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ.. فَالشُّفْعَةُ لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ، بَائِعاً أَوْ مُشْتَرِياً وَتَكُونُ إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

وعلى هذا الخلاف أيضاً؛ أنه إذا بيعت دار بجانب السفلى، فانهدم العلو والسفل قبل الأخذ بالشفعة.. قال أبو يوسف: الشفعة لصاحب السفلى فقط.

وقال محمد: لصاحب السفلى والعلو معاً. كذا في «المجمع» وشروحه.

(وفيما يبيع)؛ أي: تجب الشفعة في عقار يبيع (بخيار المشتري)؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال [٦١٤/أ] الملك عن البائع، ووجوب الشفعة يبتنى عليه؛ فإن أخذ الشفيع في أيام الخيار؛ أعني الثلاث.. لزم البيع؛ لعجز المشتري عن الرد على البائع، ولا خيار للشفيع؛ لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط، والشرط كان للمشتري لا للشفيع.

بخلاف خيار البائع؛ فإنه يمنع الشفعة كما تقدم آنفاً.

(وإن بيعت دار) متصلة (بجانب) الدار (المبيعة بالخيار). الباء متعلق بالمبيعة.. (.. فالشفعة لمن له الخيار بائعاً أو مشترياً).

أما البائع: فظاهر؛ لأن ملكه باق في الدار المبيعة بالخيار، وهي التي يشفع بها؛ لأن خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه؛ فإذا كان ملكه باقياً.. كان له الشفعة..

وأما المشتري: ففيه إشكال؛ لأن أصل أبي حنيفة: أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار له، والشفعة لا تستحق إلا بالملك.. فكيف يكون له حق الشفعة؟

(ويكون) الأخذ بالشفعة (إجازة) للبيع الأول (من المشتري)؛ أي: إذا أخذها المشتري بالشفعة.. يكون أخذه بالشفعة: إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره، فيملك المبيع الأول للبيع الأول، والمبيع الثاني بالشفعة.

ومن هنا: يمكن اندفاع الإشكال المذكور. تأمل.

ولشفيع الأولى أخذها منه، لَا أَخْذُ الثَّانِيَةِ.

وَإِنْ بِيَعْتَ دَارَ بَجْنَبٍ مَا بِيَعْتَ فَاسِداً.. فشفيعها البائعُ إِنْ بِيَعْتَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي.

فَإِذَا قَبْضَ بَعْدَ الْحُكْمِ لَهُ بِهَا.. لَا تَبْطُلُ.

وأما أخذ البائع بالشفعة.. فكان نقضاً للبيع الأول؛ لأنه قرر في ملكه في المبيع، وإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار: نقض للبيع؛ فإذا كان نقضاً للبيع.. سقط خياره أيضاً.

ثم ما ذكره من قوله: «ويكون إجازة من المشتري في خيار الشرط للمشتري، بخلاف خيار الرؤية له»؛ فإنه إذا اشترى داراً ولم يرها.. لم يبطل خيار الرؤية له بأخذ ما يبيع بجنب تلك الدار بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال، فكيف يبطل بدلالته؟!

(ولشفيع الدار (الأولى) وهي التي اشتراها المشتري بشرط الخيار: (أخذها)؛ أي: الدار الأول (منه)؛ أي: من المشتري بحق الشفعة.

(لا أخذ الدار الثانية) وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة؛ لانعدام ملك شفيع الأول في الأول حين بيعت الثانية، فلا يملكها بالشفعة.

(وإن بيعت دار بجنب ما بيعت فاسداً.. فشفيعها)؛ أي: شفيع الدار المبيعة بيعاً صحيحاً بجنب ما بيعت فاسداً: (البائع) الأول؛ أي: البائع فاسداً (إن بيعت) الدار المبيعة بيعاً صحيحاً (قبل قبض المشتري) الدار المبيعة بيعاً فاسداً لأن ملك البائع باق فيها قبل قبض المشتري كما كان؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل قبض، ولا يخرج عنه ملك البائع.

(فإذا قبض) المشتري [٦١٤/ب] الدار المبيعة بيعاً فاسداً (بعد الحكم له)؛ أي:

للبيع فاسداً (بها) أي: بشفعة الدار المبيعة بجنب هذه الدار (.. لا تبطل) شفعتها؛ لأن

وَإِنْ بَيَّعْتَ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي.. فَالشُّفْعَةُ لِلْمُشْتَرِي.
فَإِنْ اسْتَرَدَّ الْبَائِعُ مِنْهُ الْمَبِيعَةَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَهُ بِالشُّفْعَةِ.. بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ.
وَإِنْ بَعْدَ الْحُكْمِ.. بَقِيَتْ الثَّانِيَةُ عَلَى مَلِكِهِ.

بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بالشفعة: ليس بشرط لتقرر الشفعة بالحكم بها.

بخلاف ما إذا قبضها المشتري قبل الحكم للبائع بالشفعة.. فإنه حينئذ بطلت شفعة البائع؛ لزوال ما كان يستحق الشفعة به قبل الحكم.

(وإن بيعت) دار (بعد قبض المشتري) الدار المبيعة فاسداً (..) فالشفعة للمشتري؛ لأنه ملك تلك الدار.

فإن قيل: في ذلك تقرير للفساد؛ فإنه أخذ الدار المبيعة صحيحاً بالشفعة بالدار المشتراة فاسداً، وهذا تقرير لهذا الفساد.

أجيب: بأن المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة: متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في الدار التي أخذها بالشفعة، بخلاف المشتراة شراء فاسداً؛ لأن أخذها بالشفعة يفضي إلى تقرير الفساد على ما تقدم.

(فإن استردَّ البائع منه)؛ أي: من المشتري الدار (المبيعة) بيعاً فاسداً (قبل الحكم له)؛ أي: للمشتري شراء فاسداً (بالشفعة)؛ أي: بشفعة الدار المبيعة بيعاً صحيحاً بجنب تلك الدار (..) بطلت شفعته)؛ أي: شفعة المشتري؛ لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها.

وهل تثبت الشفعة للبائع بعد الاسترداد من المشتري؟

ففي «العناية»: أنها لا تثبت للبائع؛ لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً.

(وإن) استردها (بعد الحكم) للمشتري بالشفعة (..) بقيت) الدار (الثانية) التي أخذها بالشفعة (على ملكه)؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم له بالشفعة: ليس بشرط كما تقدم.

وَالْمُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءً.
وَكَذَا: الْحُرُّ وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ وَالْمَكَاتِبُ وَلَوْ فِي مَبِيعِ السَّيِّدِ؛ كَالْعَكْسِ.

(والمسلم والذمي)، والباغي والعاذل، والصغير والكبير (في الشفعة سواء).
قال ابن أبي ليلى: لا شفعة لكافر؛ لأن الشفعة رفق شرعي.. فلا يستحقه من ينكر الشرع.

ولنا: العمومات الواردة في حق الشفعة من غير فصل بين مسلم وذمي، ولأنهم في: سبب الشفعة، وهي: اتصال الملك، وحكمها، وهي: دفع ضرر سوء الجوار: سواء، والاستواء في السبب والحكم: يقتضي الاستواء في الاستحقاق أيضاً.
(وكذا: الحر والعبد المأذون والمكاتب) والذكر والأنثى؛ لما ذكرناه من العمومات الواردة، والاستواء في السبب والحكم والاستحقاق.
(ولو) وصلية (في مبيع السيد؛ كالعكس).

قال في «قاضي خان»: لو باع الرجل داراً وعبده المأذون شفعيها؛ فإن كان على العبد دين.. فله الشفعة، وإن لم يكن [١/٦١٥].. فلا شفعة له.
ولو باع العبد المأذون داراً، ومولاه شفعيها؛ فإن لم يكن على العبد دين.. لا شفعة للمولى، وإن كان عليه دين.. فلمولاه الشفعة.
ولو باع المولى داراً ومكاتبه شفعيها.. كان له الشفعة.
ولو باع المكاتب ومولاه شفعيها.. كان له الشفعة أيضاً. انتهى.
فظهر منه: أن كلام المصنف لا بد أن يقيد بالعبد المأذون المديون، كما سيأتي في الكتاب أيضاً.

(فَضْلٌ)

[فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ]

وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ:

بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ، أَوْ الْبَعْضِ وَلَوْ مِنَ الْوَكِيلِ.

(فَضْلٌ)

[فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ]

لما ذكر ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب.. شرع في بيان ما يبطلها.

(وتبطل الشفعة بتسليم الكل)؛ لأن تسليم الكل صريح في الإسقاط، فتبطل به.

(أو البعض)؛ لأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً؛ لأنه يملكه الشفيع كما ملكه

المشتري، والمشتري لا يملك البعض؛ لأنه تفريق الصفقة، فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً، فيكون ذكر بعضه كذكر كله.

والمراد بالتسليم: هو التسليم بعد البيع؛ لأن التسليم قبل وقوع البيع: لا يصح،

ويصح بعده.

سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم، وعلم من سلم إليه الشفعة أو لم

يعلم؛ لأن تسليم الشفعة كما في الطلاق والعتاق.

(ولو) وصلية (من الوكيل).

قال علاء الدين في «شرح الوقاية»: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة وأقر

على الموكل أنه سلمها.. فعند أبي حنيفة: يصحان في مجلس القاضي لا غيره.

وقال أبو يوسف: أولاً لا يصحان كيف كانا، ثم رجع وقال: يصحان أين كانا.

وقال محمد: لا يصح تسليمه بحال، ويصح إقراره في مجلس القاضي لا في

غيره.

وهكذا ذكره في «الدرر» وقال: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم أو أقر على

الموكل بتسليم الشفعة.. صح لو كانا عند القاضي، وإن كان عند غيره.. لا يجوز، إلا أنه يخرج من الخصومة.

وقال أبو يوسف: يجوز مطلقاً.

وقال زفر: لا يجوز مطلقاً. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة للمشتري.. جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. انتهى.

ولم يقيد بمجلس القاضي.

فعلى هذا: يكون المراد بالوكيل في كلام المصنف: هو الوكيل بطلب الشفعة، فمعنى كلامه: «وتبطل الشفعة بتسليمها ولو كان التسليم صادراً من الوكيل».

وكذا تبطل بتسليمها إلى الوكيل بالشراء؛ كما في «شرح النقاية».

وقال في «قاضي خان»: ولو أن الشفيع قال للمشتري وقد اشترى الدار لغيره بالوكالة: سلمت شفعتها أو سلمت الشفعة لك.. كان تسليمها للشفعة.

ولو قال الشفيع للبائع والدار في يد البائع: سلمت شفعتها لك.. كان تسليمها للشفعة.

ولو قال البائع بعدما سلم الدار إلى المشتري [٦١٥/ب]: سلمت الشفعة لك.. صح استحساناً.

ولو قال: سلمت الشفعة بسببك أو لأجلك.. صح تسليمه قياساً واستحساناً.

ولو قال للوكيل بالشراء بعدما دفع الدار إلى الموكل: سلمت لك الشفعة.. صح استحساناً.

ولو اشترى داراً بالوكالة لغيره، فقال أجنبي للشفيع: سلم شفعة هذه الدار للموكل، فقال الشفيع: سلمتها لك أو عرضت عنها لك.. صح تسليمه استحساناً.

وبترك طلب الموائبة أو التقرير

وبالصلح عن الشُّفْعَةِ على عَوْضٍ،.....

ولو قال الشفيع الأجنبي ابتداء: سلمت شفعة هذه الدار لك، أو قال: أعرضت عنها لك.. لا يصح تسليمه، ولا تبطل شفعته قياساً واستحساناً.

ولو قال الشفيع لأجنبي: سلمت الشفعة للموكل، أو قال: رميتها للموكل، أو قال: أعرضت عنها للموكل لأجلك وشفاعتك.. صح تسليمه للآمر، وتبطل شفعته.

وإن قال لأجنبي: سلمت لك شراء هذه الدار.. لم يكن ذلك تسليمًا، ولا تبطل شفعته.

(وبترك طلب الموائبة أو التقرير) وقد تقدم معنى طلب الموائبة وطلب التقرير. وترك طلب الموائبة: يكون بتأخيره عن مجلس علمه، وترك طلب التقرير: يكون بتأخير الإشهاد عن مدة التمكن منه؛ فلو أخر طلب الموائبة عن المجلس والإشهاد عند البائع أو المشتري أو العقار عن مدة التمكن منه.. بطلت شفعته ولو كان التأخير بالحمد والتسييح والتكبير.

وفي رواية عن محمد: أنه لو حمد أو حوّل أو سبّح أو أجاب سلاماً أو شمت عاطساً... لا تبطل شفعته؛ كما إذا أتم الأربع قبل الظهر وبعد الجمعة.

وكذا: لو أتم أربعاً بعد الظهر.. لا تبطل، ولو جعلها ستاً.. بطلت شفعته.

وذكر الناطقي: أنه إذا علم بالبيع وهو في التطوع فجعلها أربعاً أو ستاً.. لا تبطل شفعته.

والصحيح: أنه إذا جعلها ستاً.. تبطل على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: ولو افتتح التطوع بعد طلب الموائبة قبل طلب الإشهاد.. تبطل شفعته.

(وبالصلح)؛ أي: تبطل الشفعة بالصلح (عن الشفعة على عوض) مالي من

وَعَلَيْهِ رُدُّهُ.

وَكَذًا: لَوْ بَاعَ شَفْعَتَهُ بِمَالٍ.

الدراهم أو الدينانير؛ سواء صالح مع المشتري أو مع الأجنبي، على ما في «قاضي خان»؛ لأنه تسليم للشفعة.

(وعليه)؛ أي: على الشفيع (رده) أي: رد العوض؛ لأن الصلح باطل أيضاً؛ لأنه ليس للشفيع إلا مجرد حق التملك بلا ملك.. فلا يصح الاعتياض عنه بمال؛ لأنه رشوة، فيرده..

قال في «قاضي خان»: رجل اشترى داراً بمائة دينار، وقال للشفيع: اشترت هذه الدار بمائة دينار فسلم إلي نصفها وأدفع نصفها إليك، وقال الشفيع: نعم؛ إن قال: فعلت ذلك.. يكون تسليمًا للشفعة.

قال: وذكر هذه المسألة [١/٦١٦] في كتاب الشفعة وجعلها على ثلاثة أوجه: إما أن يسلم الشفعة بالدراهم، أو ببعض منها بعينها، أو ببعضها بغير عينها.

إن قال: سلمت نصف الشفعة لك بمائة درهم.. بطلت شفيعته في الكل، وفي رواية: لا تبطل.

وذكر في «الجامع» ما يدل على أن تسليم الشفعة في البعض لا يبطل شفيعته في الكل.

فإن صالح الشفيع من الشفعة على دراهم.. بطلت شفيعته، ولا يجب المال.

وإن صالح على بعض معين من الدار.. صح، ويكون للشفيع نصف الدار ويبقى النصف للمشتري، ولذا.. قيدنا العوض بالدراهم والدينار.

ثم قال في «قاضي خان» أيضاً: ولو صالح الشفيع الأجنبي من شفيعته على دراهم معلومة.. كان تسليمًا لها، ولا يجب المال؛ لأنه لو صالح المشتري من شفيعته على مال.. بطلت شفيعته، ولا يجب المال.

(وكذا)؛ أي: تبطل الشفعة (لو باع شفيعته بمال)؛ لما ذكرناه في الصلح على عوض.

وَكَذًا: لَوْ قَالَ لِّلْمَخِيرَةِ: اخْتَارَنِي بِأَلْفٍ، أَوْ قَالَ الْعَنَيْنُ لَامْرَأَتِهِ ذَلِكَ
فَاخْتَارَتْهُ.. بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَا يَجِبُ الْعَوَضُ.
وَتَبَطَّلُ بَيْعٌ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ لَهُ بِهَا.
وَبِمَوْتِ الشَّفِيعِ، لَا بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي.
وَلَا شُفْعَةٌ لِّمَنْ، بَاعَ أَوْ بَاعَ لَهُ،

(وكذا لو قال) الزوج (للمخيرة: اختاريني بألف، أو قال العنين لامرأته ذلك)؛
أي: اختاريني بألف، (فاختارته)؛ أي: اختارت المرأة في الصورتين زوجها .. بطل
خيارها، ولا يجب العوض) على الزوج - أعني: الألف - لأن اختيار المرأة ليس
بمال، بل مجرد حق اختيار الزوج بلا مال.. فلا يصح الاعتياض عنه بمال.
(وتبطل) الشفعة (ببيع ما يشفع به) بيعاً باتاً، حتى لو باعه بالخيار.. لم تبطل
(قبل الحكم له)؛ أي: للشفيع (بها)؛ أي: بالشفعة؛ لأن الاستحقاق بالشفعة بالجوار
أو بالشركة، وقد زال ذلك قبل التملك.
(وبموت الشفيع)؛ لأن ملكه زال بالموت وانتقل إلى الوارث، وبعد ثبوته لم
يوجد البيع؛ لأن البيع قد وجد قبل الانتقال إلى الوارث، فلا تثبت الشفعة للوارث.
(لا بموت المشتري)؛ لأن المستحق باق، وبموت المستحق عليه لا يتغير سبب
الاستحقاق.

(ولا شفعة لمن باع)؛ أصيلاً كان أو وكيلاً على ما في «الزيلعي»، وهذا لأن
أخذ البائع أصيلاً أو وكيلاً المبيع بالشفعة: يكون سعياً في نقض ما تم من جهته وهو
الملك، واليد للمشتري؛ لأن الأخذ بالشفعة: تملك المبيع، وهو ينافي تملكه
للمشتري، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته: مردود.

ومنه: ظهر فساد ما في «شرح النقاية» من تخصيص تفسير البائع ههنا بالوكيل.

(أو بيع له)؛ يعني: رجل وكل رجلاً بالبيع، فباع الوكيل للموكل داره.. فلا
شفعة للموكل؛ لما ذكرناه: من أن أخذه بالشفعة: سعي في نقض ما تم من جهته؛ إذ

أَوْ ضَمِنَ الدَّرَكَ، أَوْ سَاوَمَ الْمُشْتَرِي بَيْعاً أَوْ إِجَارَةً.
وَتَجِبُ لِمَنِ ابْتِاعَ أَوْ ابْتِيعَ لَهُ.

لولا توكيله.. لما جاز بيعه، فكان تمام بيع الوكيل من جهته، فسعيه لإبطاله [٦١٦/ب]: مردود.

وصورته على ما في «العناية»: رب المال إذا باع المضارب داراً من مال المضاربة، ورب المال شفيعها.. فلا شفعة له.

وصورة أخرى له: الوكيل بالبيع باع داراً لموكله وهذه متصلة بدار؛ أي لموكله.. فليس للموكل شفعته.

(أو ضمن الدرك)؛ أي: ضمن الشفيع للمشتري عن البائع الدرك؛ أي: الاستحقاق.. فلا شفعة للشفيع؛ لأن أخذه بالشفعة: سعي في نقض ما تم من جهته؛ لأن تمام البيع والملك للمشتري إنما كان من جهته؛ فإنه لو لم يضمن الدرك.. لم يرض المشتري.

(أو ساوم) الشفيع (المشتري ببيعاً أو إجارة)؛ لأن مساومة المشتري ببيعاً أو إجارة: دليل الرضاء بثبوت الملك للمشتري؛ لأن المشتري لا يقدر بيعه منه، ولا إيجاره منه إلا بعد ثبوت الملك له، وذلك لا يكون بإسقاط الشفيع حقه، وكذلك إذا طلبها منه تولية أو أخذها مزارعة أو معاملة، وكل ذلك بعد العلم بالشراء على ما في «الاختيار».

(وتجب) الشفعة (لمن ابتاع)؛ أي: المشتري أصالة أو وكالة (أو ابتيع له)؛ أي: لمن وكل آخر بالشراء، فاشترى الوكيل لأجل الموكل، والموكل شفيع.. كان له الشفعة.

صورته: دار بين ثلاثة، وللدار جار ملاصق؛ فإذا بيعت هذه الدار واشتراها أحد الشركاء.. تثبت الشفعة للمشتري؛ سواء اشترى أصالة أو وكالة.

وَلَوْ قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنَّهَا بِيَعْتُ بِأَلْفٍ فَسَلِّمْ، ثُمَّ بَانَ أَنَّهَا بِيَعْتُ بِأَقْلٍ، أَوْ
بِكِيلِيٍّ أَوْ وَزْنِيٍّ، أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ قِيَمَتُهُ أَلْفٌ، أَوْ أَكْثَرُ. فَلَهُ الشُّفْعَةُ.
وَلَوْ بَانَ أَنَّهَا بِيَعْتُ بِعَرَضٍ قِيَمَتُهُ أَلْفٌ، أَوْ بِدَنَانِيرٍ قِيَمَتُهَا أَلْفٌ.. فَلَا.

وكذا: تثبت للموكل إذا كان اشتراها الوكيل لأجله، وتثبت أيضاً الشفعة
للسريك الآخر.

وفائدته: أنها لا تثبت للجار الملاصق؛ لأن السريك مقدم عليه.

والأصل ههنا: أن الشفعة إنما تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار
الرغبة فيها، والشراء أصالة أو وكالة إظهار الرغبة في المشتري.. فلا يكون إبطالاً
للشفعة.

بخلاف البيع أصالة أو وكالة؛ فإنه إظهار الرغبة عنه، فيكون إبطالاً للشفعة لا
يستحق به الشفعة.

(ولو قيل للشفيع: إنها بيعت بألف) درهم (فسلم) الشفعة، (ثم بان). أي: ظهر -
(أنها بيعت بأقل أو بكيلي أو وزني أو عددي متقارب قيمته)؛ أي: قيمة الكيلي أو
الوزني أو العددي (ألف أو أكثر.. فله الشفعة).

أما في ظهوره أقل: فلأن تسليمه عند كثرة الثمن لا يكون دليلاً على تسليمه
عند قلة الثمن؛ لأن تسليمه لتعذر الثمن الكثير عليه، فيجوز رغبته عنه بالثمن القليل.
وأما في البواقي: فلأن تسليمه في أحد الجنسين لا يستلزم تسليمه في الجنس
الآخر؛ لأنه ربما يسهل عليه الجنس الآخر.

(ولو بان أنها بيعت بعرض قيمته ألف، أو بدنانير) [١/٦١٧] (قيمتها ألف.. فلا)
شفعة.

يعني: قيل له: بيعت بألف فسلم، ثم بان أنها بيعت بعرض ليس من ذوات
الأمثال من القيميات، وقيمتها ألف أو أكثر.. صح تسليمه، ولا شفعة له؛ لأن الواجب
فيه القيمة، وهي: إما دراهم أو دنانير:

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: الْمُشْتَرِي فَلَانٌ فَسَلِّمْ الشُّفْعَةَ، فَبَانَ أَنَّهُ غَيْرُهُ.. فَلَهُ الشُّفْعَةُ.
وَلَوْ بَانَ أَنَّهُ هُوَ مَعَ غَيْرِهِ.. فَلَهُ الشُّفْعَةُ فِي حِصَّةِ الْغَيْرِ.
وَلَوْ بَلَّغَهُ بَيْعَ النِّصْفِ، فَظَهَرَ بَيْعُ الْكُلِّ.. فَلَهُ الشُّفْعَةُ.

فإن كانت كما سمع وسلم وهو الألف.. فلا يظهر التفاوت، فلا فائدة في الأخذ بالشفعة.

وإن كانت أكثر؛ فلأنه إنما سلم الشفعة لاستكثار الثمن؛ فإذا كان أكثر من ذلك.. كان أرضى بالتسليم.

بخلاف ما إذا كانت أقل.. فإن له الأخذ بالشفعة حينئذ لما ذكرناه.

وكذا: إذا بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر.. فلا شفعة له، بخلاف ما إذا كانت قيمتها أقل؛ لما ذكرناه.

(ولو قيل له)؛ أي: للشفيع: (المشتري فلان، فسلم الشفعة، فبان غيره.. فله الشفعة)؛ لتفاوت الناس في الأخلاق؛ فمنهم: من يُرَغِّبُ في معاشرته، ومنهم: من يُجْتَنَّبُ مخافة شره، فالتسليم في حق بعضه.. لا يكون تسليماً في حق غيره.

(ولو بان أنه)؛ أي: المشتري (هو) أي الفلان الذي سمعه (مع غيره.. فله الشفعة) في حصة الغير؛ لأن التسليم لم يوجد (في حصة الغير).

(ولو بلغه)؛ أي: الشفيع (بيع النصف)، فسلم (فظهر بيع الكل.. فله الشفعة) في الكل؛ لأنه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل، والكل غير النصف.. فلا يكون إسقاطه إسقاطاً للكل.

بخلاف ما إذا بلغه بيع الكل فسلم، فظهر بيع البعض.. لا شفعة له في ظاهر الرواية؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه كلها.

وفي رواية: أن له الشفعة؛ لأنه: قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع، وقد تكون حاجته إلى النصف دون الكل.

وإن باعها إلا ذراعاً من طول جانب الشفيع.. فلا شفعة له.
 وإن شرى منها سهماً بثمانٍ، ثم شرى باقيها.. فالشفعة في السهم فقط.
 وإن ابتاعها بثمانٍ ثم دفع عنه ثوباً.. أخذها الشفيع بالثمان لا بقيمة الثوب.
 ولا تكره الحيلة في إسقاطها عند أبي يوسف، وبه يفتى قبل وجوبها.

(وإن باعها)؛ أي: الدار (إلا ذراعاً من طول جانب الشفيع.. فلا شفعة له)؛ لأن الاستحقاق بالجوار، ولم يوجد الاتصال بالمبيع.

وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري؛ لعدم الافتراق والاتصال أيضاً، وهذا حيلة في إسقاط الشفعة.

(وإن شرى منها)؛ أي: من الدار (سهماً بثمانٍ، ثم شرى باقيها.. فالشفعة في السهم الأول (فقط)؛ لأن الشفيع جار في السهمين، والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار.

ولو أراد الحيلة.. اشترى السهم الأول بجميع ثمن الدار إلا درهماً منه، ثم اشترى الباقي بالدرهم، فلا يرغب الجار في السهم الأول؛ خصوصاً إذا كان السهم الأول جزء قليلاً كالعشر مثلاً أو أقل.

(وإن ابتاعها)؛ أي: اشترى الدار (بثمانٍ، ثم دفع) إلى البائع (عنه)؛ أي: عن الثمن (ثوباً.. أخذها)؛ أي: الدار (الشفيع بالثمان لا بقيمة [ب/٦١٧] الثوب)؛ لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري، فيكون البائع مشترياً للثوب بعقد آخر غير العقد الأول.

وهذه حيلة في إسقاط الشفعة تعم الجار والشريك؛ بأن باع الدار بأضعاف قيمته، ثم دفع المشتري إليه ثوباً قيمته قدر قيمة الدار.. فلا يرغب الشفيع بأضعاف قيمته.

(ولا تكره الحيلة في إسقاطها)؛ أي: الشفعة (عند أبي يوسف، وبه يفتى قبل وجوبها) أي: الشفعة.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: تُكْرَهُ.

وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حِصَّةٍ بَعْضِ الْمَشْتَرِينَ، لَا حِصَّةَ بَعْضِ الْبَائِعِينَ.

(وعند محمد: تكره)؛ لأن الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب، وإلحاق الضرر به: حرام، فكانت مكروهة.

ولأبي يوسف: أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وإن كان يتضرر غيره في ضمنه.

قيل: هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب، وأما بعده.. فمكروه بالإجماع؛ كما في الزكاة؛ فإن الحيلة في إسقاطها لا تكره قبل الوجوب عند أبي يوسف وتكره بعد الوجوب بالاتفاق.

وقيل: لا تكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة مطلقاً، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

واعلم: أن لإسقاط الشفعة حيلاً كثيرة؛ منها: ما ذكرناه من قبل:

ومنها: أنه شرى بدراهم معلومة مع قبضة فلوس أشير إليها وجهل قدرها، وضاعت الفلوس بعد القبض.. فإنه تبطل الشفعة؛ فإن تلك الفلوس الثمن معلوم حالة العقد ومجهول حالة الشفعة، وجهالة الثمن.. تمنع الشفعة... إلى غير ذلك من الحيل التي ذكرها في «قاضي خان» وغيره.

وهل للشفيع أن يحلف المشتري بأنه ما فعل هذه الحيلة فراراً عن الشفعة؟
ففيه اختلاف:

ففي «قاضي خان»: أنه لا يحلفه.

وفي «الولواجية» و«التجنيس»: أنه يحلفه؛ فإن نكل.. له الشفعة.

(وللشفيع أخذ حصة بعض المشتريين لا حصة بعض البائعين).

يعني: إذا تعدد المشتري؛ بأن اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد.. يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.

وللجارِ أَخَذُ بَعْضِ مِشَاعٍ بَيْعٍ فَقَسِمَ وَإِنْ وَقَعَ فِي غَيْرِ جَانِبِهِ.

وإن تعدد البائع؛ بأن باع جماعة عقاراً مشتركاً بينهم، والمشتري واحد.. لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعدددهم، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض.

والفرق: أن الشفيع في الثاني: يأخذ نصيب بعضهم بتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه، وبعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع.. فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ.

وفي الوجه الأول: يقوم الشفيع [٦١٨/أ] مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة على أحد.

ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح، إلا أن الشفيع لا يمكن له أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد من الثمن حصته حتى ينقد الجميع، كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشتري أنفسهم؛ لأنه كواحد منهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه فضّل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم.. ليس له ذلك، وبعده.. كان له ذلك؛ لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه، وبعده: لا يتضرر؛ لأنه لم يبق له يد.

وجوابه: أن له أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي جميع الثمن، فلا يؤدي إلى تفريق اليد. كذا في «الزيلعي».

(وللجار أخذ بعض مشاع بيع، فقسم وإن) وصلية (وقع في غير جانبه)؛ أي: لو اشترى نصف دار غير مقسوم، فقسام المشتري البائع.. أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته أو تركه.

وليس له أن ينقض القسمة؛ سواء كانت القسمة بحكم القاضي أو بالتراضي؛ لأن القسمة من تمام القبض؛ لما فيه من تكميل الانتفاع.

ألا ترى: أن الهبة تتم بها، حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع؛ باعتبار أن قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة؛ فإذا كانت من تمام القبض.. فالشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع.. فكذا ما يتم بالقبض.. فإذا لم ينقض القسمة.. فله أخذ نصيب المشتري أو تركه، لا أخذ الكل.. فإن قيل: القسمة فيها معنى المبادلة، والشفيع يملك نقض تصرفات المشتري.. فكذا نقض قسمته.

أجيب: بأن القسمة إفراز من وجه، ولهذا يجري فيها الجبر، ومبادلة من وجه، ولهذا يجري فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية: باعتبار أنها مبادلة: يملك.

وباعتبار أنها إفراز: لا يملك.. فلا يملك بالشك.

بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه.. فإن للشفيع نقضه؛ لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع، بل هو تصرف بحكم الملك، فكان مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة.

ثم اختلفت الرواية في أن الشفيع: هل يأخذ نصيب المشتري من أي جانب كان، أو من جانب يشفع بها؟

فعن أبي يوسف: أنه يأخذ من أي جانب كان، ويدل عليه إطلاق «الجامع الصغير»، وأخذه المصنف؛ حيث قال: وإن في غير جانبه.

وعن أبي حنيفة: إذا وقع جانب الدار التي [٦١٨/ب] يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر.

والأكثر: على الأول.

وَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ الشُّفْعَةُ فِي مَبِيعِ سَيِّدِهِ، وَبِالْعَكْسِ.
وَصَحَّ تَسْلِيمُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ شُفْعَةَ الصَّغِيرِ.
خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ فِيمَا بَيْعَ بِقِيمَتِهِ، أَوْ أَقْلً.

(وللعبد المأذون المديون الشفعة في مبيع سيده، وبالعكس)؛ أي: للسيد الشفعة في مبيع عبده المأذون المديون.

وهذا: لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين محيط؛ لأنه يفيد ملك اليد للعبد؛ لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون، أو لكون العبد أحق به، وقد تقدم من قبل أيضاً.

(وصح تسليم الأب والوصي شفعة الصغير).

وأما تسليم الوكيل شفعة الكبير.. فقد تقدم ذكره في أول الفصل.

ثم هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)، وزفر معه (فيما بيع بقيمته أو أقل) قال: لا يصح تسليمها.

وللصغير طلب الشفعة إذا بلغ؛ كما أن للموكل طلب الشفعة إذا بلغ حتى تسليم وكيله الشفعة.

وله: أن تسليمهما الشفعة: إبطال لحق الصغير؛ كالعفو عن قوده وإعتاق عبده وإبراء غريمه.. فلا يجوز؛ لأن تصرفهما في حقه نظري، ولا نظر في هذا، بل النظر في بقاء الشفعة.

ولهما: أن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عينها.

ألا ترى: أنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها: ترك التجارة، فيملكه كما يملك [ترك]^(١) التجارة برد البيع عندما يقال للأب والوصي: بعثك هذا لابنك الصغير.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٢٦٣/٥).

وَقَوْلُهُ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ فِي الْأَقْلِ الَّذِي لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ.

ولأنه إذا أخذه بالشفعة، ثم باعه من ذلك الرجل بعينه.. جاز، فكذلك إذا سلمه إليه، بل أولى؛ لأنه إذا أخذه، ثم باعه منه.. كانت العهدة على الصبي، وفي الأول: على البائع أو على المشتري، ولأن هذا تصرف يحتمل الضرر والنفع، فيحتمل على أن يكون الترك أنفع بإبقاء الثمن على ملك الصغير، فيملكه كالأخذ. بخلاف العفو عن القود وأختيه؛ فإنه ضرر محض غير متردد بين النفع والضرر، فلا يملكه الوصي.

وإذا بيع بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله:

قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأن النظر في التسليم لا في الأخذ.

وقيل: لا يجوز التسليم بالإجماع؛ لأنه لا يملك الأخذ حيثئذ، فلا يملك التسليم أيضاً كالأجنبي.

(وقوله)؛ أي: قول محمد (رواية عن الإمام في الأقل الذي لا يتغابن فيه).

* * *

(كتاب القسمة)

(كِتَابُ الْقِسْمَةِ)

هِيَ جَمْعُ نَصِيبٍ شَائِعٍ فِي مُعَيَّنٍ وَتَشْتَمِلُ عَلَى: الْإِفْرَازِ، وَالْمَبَادَلَةِ.
وَالْإِفْرَازُ أَغْلَبُ فِي الْمِثْلِيَّاتِ، فَيَأْخُذُ الشَّرِيكَ حَظَّهُ مِنْهَا حَالَ غِيَبَةِ صَاحِبِهِ.

(كِتَابُ الْقِسْمَةِ)

(هي جمع نصيب شائع في محل معين).

وسببها: طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص.

وركنها: ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين؛ كالكيل في المكيلات،
والوزن في الموزونات، والذرع في المذروعات، والعدد في المعدودات [٦١٩/أ].

وشرطها: أن لا يفوت منفعته بالقسمة، ولهذا.. لا يقسم الحائط والحمام
ونحوهما؛ لفوات منفعتهما بالقسمة والإفراز.

(وتشتمل)؛ أي: القسمة مطلقاً؛ سواء كان في المثلثات أو في القيميات.

(على: الإفراز)، وهو: أخذ عين حقه.

(والمبادلة)، وهو: أخذ عوض حقه.

وهذا: لأن ما أفرز لأحدهما.. كان بعضه له وبعضه لصاحبه، فهو يأخذ عوضاً

عما بقي من حقه في نصيب صاحبه.

(والإفراز أغلب في المثلثات) كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة؛

لعدم التفاوت فيها، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه.. مثل ما ترك على صاحبه
بيقين، فأخذ مثل الحق بيقين: بمنزلة العارية، فكان الإفراز؛ أي: أخذ عين حقه: أظهر
وأغلب فيها.

(فياخذ الشريك)؛ أي: أحد الشريكين (حظه منها)؛ أي: من المثلثات (حال غيبة

صاحبه)؛ لما ذكرناه: من أن نصيب كل واحد منهما بمنزلة العارية عند الآخر في

وَلَوْ اشْتَرِيَاهُ فَاَقْسَمَاهُ.. فَلِكُلِّ أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مُرَابِحَةً بِحِصَّةِ ثَمَنِهِ.
وَالْمِبَادَلَةُ أَغْلَبُ فِي غَيْرِهَا، فَلَا يَأْخُذُهُ وَلَا يَبِيعُ مُرَابِحَةً بَعْدَ الشِّرَاءِ
وَالْقِسْمَةِ.

وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِيهِ بِطَلَبِ الشَّرِيكِ فِي مُتَّحِدِ الْجِنْسِ،

المثليات، ولو كانت مبادلة.. لم يأخذ أحدهما نصيبه عند غيبة الآخر، بل لا بد من رضاه، فعلم: أن الإفراز فيها أغلب.

(ولو اشترياه؛ أي: المثلي، (فاقسماه.. فلكل) من الشريكين (أن يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه)، ولو كان مبادلة.. لما جاز ذلك.

(والمبادلة: أغلب في غيرها)؛ أي: في غير المثليات؛ كالحيوان والعقار والنبات من القيميات؛ لأنها متفاوتة.. فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه؛ لعدم المعادلة بينهما بيقين، حتى يجعل معنى الإفراز أغلب، فيجعل كأنه أخذ عوض حقه وهو معنى المبادلة.

فإذا كان معنى المبادلة فيها أغلب.. (فلا يأخذه)؛ أي: لا يأخذ أحد الشريكين حظه فيها حال غيبة صاحبه، (ولا يبيع) حصته (مرابحة بعد الشراء والقسمة).
فإن قيل: لو كان معنى المبادلة أغلب في الحيوانات والعروض.. لما أجبر الأبى على القسمة في ذلك، مع أنه يجبر.

أجاب عنه بقوله: (ويجبر) القاضي من أبى عن القسمة (عليها)؛ أي: على القسمة (فيه)؛ أي: في غير المثلي من القيميات، وفي المثلي بطريق الأولى.

(بطلب الشريك في متحد الجنس) كالإبل والبقر والفرس؛ لأن في قسمة متحد الجنس: معنى الإفراز؛ لتقارب المقاصد فيه، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة؛ لأنها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين؛ فإن المديون يجبر على القضاء، والديون تقضى بأمثالها.

لَا فِي غَيْرِهِ.

فصار ما يؤدي: بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وهو جائز..
فلأن يجوز بلا قصد إليه: أولى.

وهذا لأن أحد الشريكين بطلب القسمة [٦١٩/ب] يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إجابته، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره.

(لا في غيره)؛ كالإبل مع البقر أو مع الفرس؛ فإن القاضي لا يجبر الأبى عن القسمة عليها في مختلف الجنس؛ لأن التفاوت فاحش والمقاصد مختلفة.. فليس فيها معنى الإفراز، ولو تراضوا على القسمة.. جاز ذلك برضاهم هذا.

قال في قسمة «قاضي خان»: إذا كان المكيل أو الموزون بين حاضر وغائب، أو صغير وبالغ، وأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه فهلك الباقي، إن هلك قبل أن يصل ذلك إليهما.. لا يكن الهلاك على الصغير والغائب وهو كالصبرة إذا كانت مشتركة بين الدهقان والمزارع، فقال الدهقان للمزارع: أقسمها وأفرز نصيبي، فقسم المزارع، والدهقان غائب، فحمل نصيب الدهقان إلى الدهقان، فلما رجع وإذا قد هلك ما أفرز لنفسه.. كان الهلاك عليهما.

وإن قسم الصبرة وأفرز نصيب الدهقان، وحمل نصيب نفسه إلى بيته أولاً، فلما رجع إذا قد هلك ما أفرزه للدهقان.. كان الهلاك على الدهقان خاصة. كذا قال بعض المشايخ. انتهى.

فعلم منه: أن قسمة أحد الشريكين وأخذ حظه في المثليات حال غيبة صاحبه.. إنما يصح وينفذ إذا وصل وسلم نصيب الغائب إليه، وإلا.. فلا؛ كما في القيميات.

حتى لو هلك قبل أن يصل نصيب الغائب إليه.. كان الهلاك عليهما لا على الغائب، وبه صرح في «العمادية»؛ حيث قال: إذا أخذ الحاضر نصيبه من المكيل أو

وَنُدِبَ لِلْقَاضِي نَصَبُ قَاسِمٍ رِزْقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِيَقْسِمَ بِلَا أَجْرٍ.
فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ.. نَضَبَ قَاسِماً يَقْسِمُ بِأَجْرٍ.....

الموزون حال غيبة صاحبه .. فإنما ينفذ قسمته من غير شريك إن سلم نصيب الغائب إليه، حتى لو هلك ما بقي قبل أن يصل إلى الغائب.. كان الهلاك عليهما.

(ونذب للقاضي نصب قاسم، رزقه من بيت المال)؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث يتم به قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاة والمفتين والمقاتلة، فيكون كفايته من بيت المال؛ لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء.

(ليقسم بلا أجر)؛ لما ذكرناه.

(فإن لم يفعل) القاضي ذلك؛ أي: إن لم يجعل رزقه من بيت المال (.. نصب) القاضي (قاسماً يقسم بأجر) على المقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، فيأخذ منهم.

قال في «مستمل الأحكام»: اختلف المتأخرون في قدر الأجر:

قال ابن سماعة: هو ربع العشر كالزكاة؛ لأنه عمل للعامة، فأشبه الزكاة.

وسئل أبو نصر: أنه هل يقدر؟ فأجاب: يقدر بربع العشر [٦٢٠/أ].

قال أبو يوسف في «الأمالي»: هو ربع العشر، واتفق المتأخرون عليه، وعليه الفتوى. كذا في «فتاوى الأنقروبي».

وقال فيها أيضاً: قال بعضهم: الأجرة غير مقدرة.

وقال بعضهم: مقدرة في كل مائة: خمسة دراهم.

قال أبو جعفر الكبير: تقدير الأجرة أحسن في زماننا، وبه نأخذ؛ لأن في ربع العشر نظراً للطرفين.

فإن قيل: القسمة قضاء، والقضاء لا يجوز أخذ الأجرة عليه.

يُقَدِّرُهُ لَهُ الْقَاضِي.

وَهُوَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ.

وَعِنْدَهُمَا: عَلَى قَدْرِ السِّهَامِ.

قلنا: لا نسلم: أن القسمة قضاء حقيقة، كيف وأنها لا تفترض على القاضي، والقضاء فرض عليه؟ وإنما الفرض على القاضي جبر الآبي عن القسمة عليها. وأنها تشبه القضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء؛ فإن الأجنبي لا يقدر على الجبر:

فمن حيث أنها ليست بقضاء.. جاز أخذ الأجرة عليها.

ومن حيث إنها تشبه القضاء.. يستحب أن لا يأخذ، بل يأخذ كفايته من بيت المال.

ولهذا إذا قسم القاضي بنفسه.. جاز له أخذ الأجرة على القسمة؛ لعدم كونها قضاء؛ كما جاز له أخذ الأجرة على كتب الحجج والصكوك والسجلات. (يقدره)؛ أي: الأجر (له) أي: للقاسم (القاضي)؛ كي لا يأخذ الزيادة من أجر مثله.

(وهو)؛ أي: الأجر: (على عدد الرؤوس)، فلا يتفاوت بتفاوت الأنصباء هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: على قدر السهام)، فيتفاوت بتفاوت الأنصباء نصفاً وربعاً وسدساً وثماناً إلى غير ذلك.

فعلى صاحب النصف: النصف، والرابع: الربع، والسادس: السدس؛ لأن الأجرة مؤونة الملك، فتجب على مقدار الملك؛ لأن المؤونة تبع له، وصار كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك.

ولأبي حنيفة: أن الأجر وجب في مقابلة تمييز الحقوق بعضها عن بعض، وهذا عمل لا تتفاوت فيه الأنصباء؛ فإن تمييز الأقل منها من الأكثر: مثل تمييز الأكثر من

وَأَجْرَةُ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ عَلَى قَدْرِ السِّهَامِ إِجْمَاعاً إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْقِسْمَةِ.

وَإِنْ لَهَا.. فَعَلَى الْخِلَافِ.

وَيَجِبُ كَوْنُهُ: عَدَلاً، أَمِيناً، عَالِماً بِالْقِسْمَةِ.

وَلَا يُجْبَرُ النَّاسُ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ.

الأقل، فيكون على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصباء.

وأجرة الكيال والوزان إن لم يكن الكيل والوزن للقسمة في مقابلة العمل لا في مقابلة القسمة.. فلا يكون مقيساً عليه، وإن كان للقسمة.. فعلى هذا الخلاف.

وأجرة حفر البئر لنقل التراب ونفقة العبد المشترك؛ لبقاء الملك.. فلا يكون مقيساً عليه.

(وأجرة الكيل والوزن على قدر السهام إجماعاً إن لم يكن للقسمة)، بل اشتريا مكيلاً أو موزوناً وأمرًا رجلاً بكيله ليصير الكل معلوم القدر، فأجرة الكيل بقدر الأنصباء؛ لأن الكيل والوزن إذا لم يكن للقسمة.. تكون الأجرة بقدر العمل لا للقسمة، وعمله لصاحب الكثير أكثر، فكان أصعب، فيستحق زيادة الأجر.

بخلاف [٦٢٠/ب] القسمة؛ فإن الأجرة فيها لمحض القسمة وتمييز الحقوق كما عرفت، فالقليل والكثير فيها سواء.

(وإن لها)؛ أي: إن كان الكيل والوزن للقسمة (.. فعلى الخلاف) المذكور في أجرة القسام لما ذكر.

(ويجب كونه)؛ أي: القاسم (عدلاً أميناً عالماً بالقسمة) حذراً عن الجور والخيانة.

(ولا يجبر) القاضي (الناس على قاسم واحد)؛ لأنه لو عين قاسماً واحداً.. لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولأن القسمة نسبة القضاء فيجوز بالتراضي كالحكم في القضاء، إلا إذا كان فيهم صغير.. فإنه حينئذ لا يجوز بالتراضي؛ لأن تصرف

وَلَا يَتْرُكُ الْقُسَامُ لِيَشْتَرِكُوا.
وَصَحَّ الْاِقْتِسَامُ بِأَنْفُسِهِمْ بَلَا أَمْرِ الْقَاضِي.
وَيُقَسَّمُ عَلَى الصَّبِيِّ وَلِئِهِ أَوْ وَصِيَّةً.
فَإِنْ لَمْ يَكُنْ.. فَلَا بُدَّ مِنْ أَمْرِ الْقَاضِي.

الصغير لا ينفذ، ولا ولاية لهم عليه، فلا بد من القاسم من طرف القاضي، فينصب له وصياً فيقسم.

(ولا يترك) القاضي (القُسَام) . بضم القاف وتشديد السين :- جمع قاسم (ليشتركوا)؛ أي: يمنعهم القاضي من أن يشتركوا مع الناس كي لا يتضرر الناس؛ لأن الأجرة تصير بذلك غالية؛ لأنهم إذا اشتركوا.. يتواكلون، وعند عدم الشركة: يتبادرون إليها خشية الفوت فيرخص الأجر بسبب ذلك.

(وصح الاقتسام)؛ أي: اقتسام التركة (بأنفسهم) أي: بتراضيهم؛ لأن في القسمة معنى المبادلة كما تقدم، وأنها تشبه القضاء، فيجوز بالتراضي كسائر المعاوزات والتحكيم.

(بلا أمر القاضي)؛ لأن الحاجة إلى أمر القاضي: لدفع المنازعة، ولا منازعة ثمة لتراضيهم.

(ويقسم على الصبي وليه)؛ أي: الأب والجد أب الأب، لكن ولاية الجد على الصغير عند عدم الأب أو وصيه، لا عند وجود أحدهما، ولا ولاية للأم والأخ والأخت والعم على الصغير. كذا في «قاضي خان».

(أو وصيه)؛ يعني: تقسيم الشركاء بأنفسهم بلا حاجة إلى أمر القاضي إن لم يكن بينهم صغير، وإن كان فيهم صغير.. يقسم على الصغير وليه أو وصيه بلا حاجة إلى أمر القاضي أيضاً.

(فإن لم يكن) للصغير ولي، ولا وصي (.. فلا بد من أمر القاضي)؛ لأن تصرف الصغير غير نافذ، ولا ولاية لهم عليه، فلا بد من الولي أو الوصي أو رأي القاضي.

وقسمتهم بدون واحد من الولي أو الوصي أو أمر القاضي:

قال في «قاضي خان»: إذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم بغير أمر القاضي، وفي الورثة صغير أو غائب أو شريك للميت.. لا تصح القسمة إلا بإجازة الغائب، أو ولي الصغير، أو بإجازة الصبي بعد البلوغ، أو بإجازة القاضي قبل البلوغ.

فإن مات الغائب أو الصبي قبل الإجازة، فأجازت ورثته.. نفذت القسمة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا تنفذ في قول محمد. كذا ذكره عصام.

وذكر الخصاص: إذا كان في الورثة صغير أو غائب ولم يكن في يد الغائب ولا في يد أم الصغير شيء [٦٢١/أ] من التركة، بل كان الكل في يد الحضور الكبار، فطلبوا القسمة من القاضي.. فإن القاضي يجعل للصغير وصياً يقوم بالقسمة، ويقبض حقه، ويجعل للغائب وكيلًا، أو يأمرهم بالقسمة.

وإن كان في يد الغائب شيء من التركة.. لا يقسم حتى يحضر الغائب أو يقوم البينة على أن ذلك ميراث بينهم، وعلى عدد الورثة.. فحينئذ يقسم.

وذكر في «الجامع»: أنه لا يقسم وإن قامت البينة على ذلك ما لم يحضر الغائب.

ولو كان شيء من التركة في يد أم الصغير.. فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان شيء من التركة في يد الغائب، وثمة لا يقسم. انتهى.

واعلم: أن وصي الأب والوصي المنصوب من جهة القاضي: يملك قسمة كل شيء على الصغير إذا لم يكن فيها غبن فاحش؛ سواء كان من تركة الأب أو لا، عقاراً أو منقولاً.

وأما وصي الأم.. فليس له ولاية القسمة على الصغير في غير ما تركته الأم. وكذا يجوز قسمة وصي الأب على الكبير الغائب فيما سوى العقار؛ لأنه قائم مقام الأب فيما يرجع إلى الحفاظ على الكبير. كذا في «قاضي خان».

وَلَا يُقَسِّمُ عَقَارٌ بَيْنَ الْوَرَثَةِ بِإِقْرَارِهِمْ مَا لَمْ يُبْرِهِنُوا عَلَى الْمَوْتِ وَعَدَدِ
الْوَرَثَةِ.

وَعِنْدَهُمَا: يُقَسِّمُ.

وَعِزُّ الْعَقَارِ يُقَسِّمُ إِجْمَاعاً.

وَكَذَا: الْعَقَارُ الْمُشْتَرَى وَالْمَذْكُورُ مُطْلَقٌ مُلْكُهُ.

(ولا يقسم عقار بين الورثة بإقرارهم)؛ يعني: إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم عقار، وادعوا أنهم ورثوها عن فلان.. لم يقسمها القاضي بينهم بإقرارهم.

(ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقسم) بإقرارهم، لكن القاضي يذكر في كتاب القسمة: أنه قسمه بإقرارهم؛ لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم؛ لأن الإقرار حجة قاصرة.

(وغير العقار: يقسم إجماعاً، وكذا العقار المشتري والمذكور مطلق ملكه)؛ أي: ادعوا الملك المطلق، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم من الإرث أو الشراء أو غيرهما.

توضيح هذه المسألة: أن الشركاء إذا حضروا عند القاضي، وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته:

فإما أن يكون عقاراً، أو غيره.

فإن كان عقاراً:

فإما أن ادعوا أنهم ورثوه، أو اشتروه، أو ادعوه وسكنوا عن كيفية الانتقال إليهم، وهو المراد بقوله: «والمذكور مطلق كله».

فإن كان الأول.. لم يقسم القاضي حتى يقيم البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة، وقالوا: يقسمه بإقرارهم.

وإن كان الثاني.. يقسمه بينهم بالاتفاق.

وإن كان الثالث.. قسمه بينهم على ما يذكره.

وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث.. قسمه في قولهم جميعاً.

لهما: أن الامتناع عن القسمة؛ إما أن يكون شبهة في الملك، أو تهمة في دعواه، أو لمنازعة للمدعي [٦٢١/ب] في دعواه، ولا شيء من ذلك يتحقق ههنا؛ لأن اليد دليل الملك، والإقرار من أمانة الصدق، والفرض عدم المنازعة، فيقسمه بينهم لوجود المقتضي وارتفاع المانع؛ كما في المنقول الموروث والعقار المشتري.

وطلب البينة ليس بلازم؛ لأنها لا تكون إلا على منكر، ولا منكر ههنا، فلا تفيد، إلا أن القاضي يذكر في صك القسمة باعترافهم؛ لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم.

ولأبي حنيفة: أن القسمة قضاء على الميت؛ إذ التركة قبل القسمة: مبقاة على ملكه، حتى لو حدثت الزيادة.. تنفذ وصاياه فيها وتقضي ديونه منها.

بخلاف ما بعد القسمة.. فإن الزيادة للموصى له، ولهذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة.. تنفذ وصيته فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بها.

فإذا كانت القسمة قضاء على الميت.. فلا بد له من حجة، وهي: إما بإقرار الورثة أو بينتهم، وإقرارهم ليس بحجة على الميت.. فلا بد من البينة.

وقولهما: «فلا تفيد».

قلنا: ممنوع؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصماً؛ بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه فتفيد.

فإن قيل: كل واحد منهما مقر بدعوى صاحبه، والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه.

قلنا: لا منافاة بين كونه مقراً وكونه خصماً؛ لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً؛ كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين؛ فإنه إنما يقضي عليهما بالبينة بدون

وَإِنْ بَرَهْنَا أَنَّ الْعَقَارَ فِي أَيْدِيهِمَا.. لَا يَقْسَمُ حَتَّى يُبْرَهْنَا أَنَّهُ لَهَا.

الميت وإن كان مقرين بها.

وإنما يقسم المنقول الموروث بإقرارهم؛ لأن في قسمته نظراً؛ للحاجة إلى الحفظ.

أما العقار.. فمحفوظ بنفسه، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده، ولا كذلك العقار عند أبي حنيفة، وعلي التقدير: لا يصلح مقيساً عليه. وكذا العقار المشتري لا يصلح مقيساً عليه؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير.

وإن ادعوا الملك وسكتوا عن كيفية الانتقال إليهم.. قسمه بينهم من غير إقامة البينة؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم. كذا قالوا.

وقال صاحب «الهداية»: هذه رواية كتاب القسمة، وفي رواية «الجامع الصغير»: لم يقسم بدون إقامة البينة؛ حيث قال فيه: أرض ادعاهما رجلان، وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة.. لم يقسما حتى يقيما البينة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما. ثم قيل: هذا قول أبي حنيفة خاصة.

وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن القسمة نوعان:

قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق اليد [١/٦٢٢] لأجل الحفظ والصيانة.

والثاني في العقار: غير محتاج إليه.. فتعين قسمة الملك، وقسمته تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز.

(وإن برهنا)؛ أي: حضر رجلان عند القاضي وادعيا العقار وبرهنا على (أن العقار في أيديهما)، وطلبا القسمة (.. لا يقسم) القاضي (حتى يبرهنا أنه) - أي: العقار - (لهما)؛ لاحتمال أن يكون هو لغيرهما.

وَلَوْ بَرَهْنُوا عَلَى الْمَوْتِ وَعَدِدِ الْوَرَثَةَ وَالْعَقَارُ فِي أَيْدِيهِمْ، وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ، أَوْ صَبِيٌّ.. قُسِمَ، وَنَصِبَ وَكَيْلٌ أَوْ وَصِيٌّ لِقَبْضِ حِصَّةِ الْغَائِبِ، أَوْ الصَّبِيِّ.
وَلَوْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ، أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ، أَوْ فِي يَدِ مَوَدَّعِهِ، أَوْ فِي يَدِ الصَّغِيرِ.. لَا يُقَسَّمُ.

ولا يخفى: أن هذه المسألة وقعت تكراراً؛ لأن المراد بقوله السابق: «والمذكور مطلق ملكه»: أن يدعوا الملك فيما في أيديهم من العقار، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم على ما بيناه، وهو المراد بما ذكره ههنا أيضاً، ولم يشترط فيما سبق إقامة البينة على أنه ملكهم، وقد شرط ههنا.. فلا بد من الحمل على الروایتين: ففي رواية القدوري - وهو المشهور -: أنها لم تشترط كما ذكره أولاً.
وفي رواية «الجامع الصغير»: أنها تشترط كما ذكره ثانياً، وهو الأصح على ما ذكرناه، لكن عبارته آب عن هذا.

(ولو برهنوا على الموت). أي: موت المورث، والمراد بالجمع: ما فوق الواحد - (وعدد الورثة، والعقار في أيديهم، ومعهم وارث غائب أو صبي.. قسم)؛ أي: قسمه القاضي بطلبهم (ونصب)؛ أي: نصب القاضي (وكيل) للغائب (أو وصي) للصبي (لقبض حصة الغائب أو الصبي)؛ لأن في ذلك نظراً للغائب والصبي.
ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة أيضاً عند أبي حنيفة، بل أولى؛ لأن في هذه القسمة: قضاء على الغائب والصغير بقولهما.

وعندهما: يقسم بينهم بإقرارهم بلا حاجة إلى إقامة البينة، ويعزل نصيب الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرارهم.

هذا إذا لم يكن للصبي وصي الأب، وإلا.. فلا حاجة إلى وصي القاضي.
(ولو كان العقار في يد الغائب أو شيء منه)؛ أي: من العقار (أو في يد مودعه، أو في يد الصغير.. لا يقسم) حتى يحضر الغائب أو يقوم البينة على أن ذلك ميراث لهم.

وَكَذَآءَا: لَوِ حَضَرَ وَارِثٌ وَآحِدٌ،

وفي رواية «الجامع»: لا يقسم حتى يحضر الغائب وإن قامت البينة على ذلك، كذا في «قاضي خان» وقد ذكرناه من قبل.

(وكذا)؛ أي: لا يقسم القاضي (لو حضر وارث واحد) وادعى القسمة وباقي الورثة غائب؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون مخاصماً ومخاصماً عليه ومقاسماً ومقاسماً.. فلا بد من حضور شخصين؛ لأنه إن كان خصماً عن نفسه.. فليس أحد يخاصمه عن نفسه فيقيم البينة عليه، فتعذر الحكم.

بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين كما في المسألة الأولى.

وعن أبي يوسف: أن القاضي ينصب عن الغائب ويسمع البينة [٦٢٢/ب] ويقسم الدار.

وجه الظاهر: أن التركة قبل القسمة وإن كانت مبقاة على حكم ملك الميت، لكنها صارت ملكاً للورثة من وجه؛ حتى لو أعتق واحد منهم عبداً من التركة قبل القسمة.. نفذ عتقه في نصيبه، فكان كل واحد منهم طالباً للارتفاق في نصيبه، فتكون القسمة على هذا التقدير: قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه.. فلا تجوز.

ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه دعوى على الميت.. فلا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغيب، فلا يجوز له نصب الوصي بالشك.

بخلاف ما إذا ادعى أجبنني على الميت ديناً.. حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت؛ لأنه دعوى على الميت من كل وجه.

وللقاضي: أن ينصب الوصي عن الميت لا عن الحي.

فإذا تعذر نصب الوصي.. فالواحد الحاضر لا يصلح خصماً عن الميت وعن سائر الشركاء، وأن يكون مدعياً ومدعى عليه، فتعذر قبول البينة؛ لأنها لا تقبل من غير خصم.

أَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ، وَغَابَ أَحَدُهُمْ.
وَإِذَا انْتَفَعَ كُلٌّ مِّنَ الشَّرَكَاءِ بِنَصِيْبِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ.. قُسِمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ.
وَإِنْ تَضَرَّرَ الْكُلُّ.. لَا يُقَسَّمُ إِلَّا بِرِضَاهُمْ.

(أو كانوا)؛ أي: الشركاء (مشتريين وغاب أحدهم)؛ أي: لا يقسم المال مع غيبة أحدهم؛ فإن الملك الثابت بالشراء: ملك جديد بسبب باشره، ولهذا.. لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب.. فلا يقسم وإن أقام بينة على الشراء.

بخلاف ما لو أقاموا بينة على الموت وعدد الورثة وغاب أحدهم.. فإنه يقسم وينصب وكيل لحصة الغائب على ما تقدم.

والفرق بينهما: أن الملك الثابت بالإرث: ملك خلافة؛ حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث، ويرد عليه فيما باعه هو، ويصير مغروراً بشراء المورث، فانصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، وصح القضاء؛ لقيام البينة على خصم حاضر.

وفي الشراء: قامت على خصم غائب.. فلا تقبل، ولا يقضى عليه؛ فإن الملك الثابت به: ملك جديد، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب كما ذكرناه.

(وإذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة) كما إذا كان المقسوم بيتين كبيرين متساويين (.. قسم بطلب أحدهم)؛ لأن في القسمة تكميل المنفعة لانتفاع كل واحد منهم بنصيبه بعد القسمة، فكانت القسمة حقاً لهم، فوجب على القاضي إجابتهم.

(وإن تضرر الكل.. لا يقسم إلا برضاهم)؛ كما في البئر والرحى والحمام والحائط؛ فإن الكل يتضرر بالقسمة فيها؛ لتفويت المنفعة، فالطالب للقسمة فيها متعنت.. فلا يجيبه القاضي.

ويجوز برضاهم؛ لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم.

وَإِنْ اِنتَفَعَ الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ.. قُسِمَ بِطَلَبِ ذِي النَّفْعِ، لَا بِطَلَبِ الْآخَرِ
هُوَ الْأَصَحُّ.

وَيُقَسَّمُ الْعُرُوضُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ.

(وإن انتفع [١/٦٢٣] البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) لقلته نصيبه (.. قسم بطلب ذي النفع)؛ لأنه يطلب من القاضي حقه، فيعتبر طلبه، فيجيبه القاضي لثلاث فوات حقه، ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك صاحبه بعدم القسمة.. فلا يعتبر تضرره.

(لا بطلب الآخر)؛ لأنه متعنت في طلبه القسمة مع عدم انتفاعه بها، بل يتضرر بها، والقسمة وضعت للانتفاع، والقاضي نصب ناظراً، فلا يشتغل بما لا يفيد فائدة، بل يَتَضَرَّرُ به.

(هو الأصح)، احترز به عما نقل عن الحاكم: «أن أيهما طلب القسمة.. يقسم القاضي»؛ لأنه إن طلب صاحب الحظ القليل القسمة.. فقد رضي بضرر نفسه، وإن طلب صاحب الحظ الكثير.. فقد طلب أن ينتفع بنصيبه، فيجيب القاضي كل واحد منهما.

وعن ابن أبي ليلى: لا يقسم القاضي بطلب البعض مطلقاً، إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه؛ لأن المقصود بالقسمة: تكميل المنفعة وتحصيلها، لا تفويتها، والمعتبر فيها: المعادلة بينهم في المنفعة.

قيل: يقسم بطلب غير المنتفع؛ لأنه يقصد الإضرار على نفسه، لا بطلب المنتفع؛ لأنه يقصد الإضرار على الغير.. فلا يجيبه القاضي.

والأصح: ما ذكره المصنف.

(ويقسم) القاضي (العروض) إن كانت (من جنس واحد) كالثياب مثلاً أو الإبل مثلاً؛ لأن عند اتحاده: يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة، فيجبر القاضي على القسمة عند الطلب.

وَلَا يَقْسِمُ الْجَنْسَيْنِ بَعْضُهُمَا فِي بَعْضٍ، وَلَا الْجَوَاهِرَ، وَلَا الْحَمَامَ، وَلَا
الْبُئْرَ، وَلَا الرَّحَى، وَلَا الثُّوبَ الْوَاحِدَ،

(ولا يقسم الجنسَيْنِ المختلفين الذين كان (بعضهما في بعض)؛ لأنه اختلاط
بين الجنسَيْنِ.. فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها: التراضي دون جبر
القاضي).

يعني: أن الجنسَيْنِ المختلفين لا يقسمان قسمة جمع؛ بأن يجمع حصة أحد
منهم في جنس واحد وحصة الآخر؛ في الجنس الآخر؛ لفحش التفاوت بين
الجنسَيْنِ، بل يقسمان قسمة فرد؛ بأن يقسم كل جنس بانفراده، فلو كان المقسوم إبلاً
وغنماً مثلاً.. لم يجمع نصيب أحد من الشركاء في الإبل خاصة ونصيب الآخر منهم
في الغنم خاصة، بل يقسم الإبل بينهم على حصصهم، ثم الغنم كذلك.
وكذا كل مكيل وموزون.

والعددي المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس: يقسم بانفرادها.
(ولا الجواهر)؛ أي: لا تقسم الجواهر.

قال في «الهداية»: وأما الجواهر؛ فقد قيل: إذا اختلف الجنس.. لا تقسم
كاللآلئ واليواقيت.

وقيل: لا تقسم الكبار منها؛ لكثرة التفاوت، وتقسم الصغار؛ لقلة التفاوت.

وقيل: يجري الجواب على إطلاقه؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة
الرقيق، ألا ترى: أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة [٦٢٣/ب] أو خالع عليها.. لا تصح
التسمية.

ويصح ذلك على عبد؛ فإذا فحشت الجهالة فيها من الرقيق.. فلا يجبر على
القسمة فيها كما لا يجبر في الرقيق، بل أولى منه، فالمصنف أجرى الجواب على
إطلاقه.

(ولا الحمام، ولا البئر، ولا الرحى، ولا الثوب الواحد)؛ لأن القسمة فيها

وَلَا الْحَائِطُ بَيْنَ دَارَيْنِ.. إِلَّا بِرِضَاهُم.
وَكَذًا: الرَّقِيقُ خِلافاً لهما.

تشتمل الضرر على الكل؛ إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً منه، فلا يجبر القاضي على القسمة.

قال في «الهداية»: ولا يقسم ثوباً واحداً؛ لاشتغال القسمة على الضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا.

بخلاف ثلاثة أثواب إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين، فأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر.. يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوباً والآخر ثوبين.

وكذا: إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوباً وربع ثوب، والآخر ثوباً وثلاثة أرباع ثوب... فإنَّ القاضي يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركاً بينهما على ذلك الوجه؛ لأنه قسمة البعض وذلك جائز؛ لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل.. قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. كذا في «العناية».

(ولا الحائط بين دارين)؛ لأن يتضرر الطرفين بالقسمة؛ لعدم بقاء نصيب كل منهما منتفعاً به، فلا يقسم (إلا برضاهم) في كل من الأشياء المذكورة؛ لأن الحق لهم، وهم أعرف بحالهم.

(وكذا): لا يقسم القاضي (الرقيق) عند أبي حنيفة (خلفاً لهما).

قالا: يقسمه القاضي؛ لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم.

ولأبي حنيفة: أن التفاوت فاحش في الأدمي؛ لتفاوت المعاني الباطنة فيه، فصار كالجنس المختلف.

بخلاف الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس.

وَالدُّورُ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ يُقَسَّمُ كُلُّ عَلَى حِدَّتِهِ.
وَقَالَا: إِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ قِسْمَةً بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ.. جَازَ.

ألا ترى: أن الذكر والأنثى من بني آدم: جنسان لاختلاف المقاصد، ومن الحيوانات: جنس واحد.

بخلاف رقيق المغنم؛ لأن حق الغانمين في المالية؛ حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وههنا يتعلق بالعين والمالية.. فافترقا، فلا يلحق أحدهما بالآخر.

(والدور) المشتركة الكائنة (في مصر واحد.. يقسم كل) واحد من تلك الدور (على حدته)؛ أي: على انفراده، ولا يقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي عند أبي حنيفة.
(وقالا: إن كان الأصلح قسمة بعضها في بعض.. جاز).

اعلم: أنه كان لرجلين دور في مصر واحد، فطلبا من القاضي قسمتها.. فإنه يقسم كل دار منهما على حدة ولم يجمع نصيب أحدهما في دار، إلا أن يتراضيا على ذلك عند أبي حنيفة.

وقالا: الرأي في ذلك إلى القاضي؛ فإن رأى أن الأصلح لهما قسمة بعضها في بعض.. قسمها بينهما كذلك.

وعلى هذا الخلاف [٦٢٤/أ]: الأراضي المشتركة المتفرقة.

لهما: أن الدور جنس واحد؛ نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى، والأجناس؛ نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال، فكان الترجيح إلى رأي القاضي؛ لأنه نصب ناظراً، والمقصود من القسمة: تكميل المنفعة ورفع الضرر عن الشركاء؛ فإن رأى القاضي: أن الأصلح قسمة بعضها في بعض؛ أي: مجتمعاً.. جاز ذلك.

وهذا: لأنه إذا قسم كل دار على حدة.. ربما يتضرر كل واحد من الشركاء لتفرق نصيبه، وإذا قسم الكل قسمة واحدة.. يجتمع نصيب كل واحد من الشركاء

وَفِي مِصْرَيْنِ: يُقَسَّمُ كُلُّ عَلَى حِدَّتِهِ اتِّفَاقًا.

وَكَذَا: دَارٌ وَضِيعَةٌ، أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ،

من دار واحدة ويتنفع بذلك، فيكون ذلك أصلح لهم؛ فإذا مال القاضي إلى ذلك.. يقسم بينهم على هذا الوجه.

ولأبي حنيفة: أن الدور أجناس مختلفة؛ لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب إلى المسجد والحمام والماء والسوق، والبعد عنها.. اختلافاً فاحشاً.

وكذا الأراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للربطة والكرم وغير ذلك.

والأجناس المختلفة: لا تقسم قسمة واحدة إلا بتراضي الشركاء؛ لأنها لتكميل المنفعة، وذا: إنما يكون عند اتحاد الجنس.

وأما إذا اختلف الجنس.. فقطع حق البعض عن إحدى الدارين لا يكون تكميلاً للمنفعة، بل يكون تفويتاً لها.

بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها؛ لأن قسمة كل بيت على حدة تخل بمنافع البيوت، فيخل بمنافع الدار أيضاً، فلا يحصل معنى القسمة، فيقسم مجتمعاً.

(وفي مصرين)؛ أي: إن كانت الدور المشتركة في مصرين (.. تقسم كل دار (على حدته اتفاقاً).

وقال في «الاختيار»: وعن محمد: لو كانت إحداهما بالكوفة والأخرى بالبصرة.. قسمت إحداهما في الأخرى. أي: مجتمعاً. فعلم: أن في هذه المسألة روايتين عن محمد.

(وكذا)؛ أي: قسم على حدة (دار وضيعه، أو دار وحانوت)؛ لاختلاف الجنس على ما ذكره الخصاف.

والبيوت في محلةٍ واحدةٍ، أو في محلاتٍ يجوزُ قسمةُ بعضها في بعضٍ.
والمنازل المتلاصقة: كالبيوت، والمتباعدة: كالُدُور.

وقال في «الهداية»: قال في إجازات «الأصل»: إن إجازة منافع الدار بمنافع الحانوت: لا تجوز.

فهذا يدل على: أن الدار والهانوت، وكذا الدار مع الضيعة: جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان.

ولئن جعل منافع الدار ومنافع الحانوت أو الضيعة مختلفة: روايةً واحدةً، لا متحدة بحمل حرمة الربا في إجازات «الأصل» على شبهة المجانسة بينهما.

(والبيوت في محلة واحدة أو في محلات) من مصر واحد: (يجوز قسمة بعضها في بعض)؛ أي: مجتمعاً؛ لأن التفاوت فيما بين البيوت في محلة أو محلات [٦٢٤/ب] من مصر: يسير.

(والمنازل المتلاصقة) بعضها ببعض: (كالبيوت)؛ أي: قسمت قسمة واحدة؛ يعني: مجتمعاً.

(والمتباعدة: كالُدُور)؛ لأن المنزل فوق البيت دون الدور، فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور، فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه.

فلشبهها بالبيوت.. قلنا: إذا كانت متلاصقة.. تقسم قسمة واحدة كالبيوت؛ لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد.

ولشبهها بالدور.. قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة.. لا تقسم قسمة واحدة.

واعلم: أن ههنا ثلاثة فصول: الدور والبيوت والمنازل.

فالدور: متلاصقة كانت أو متباعدة.. لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي.

والبيوت: تقسم مطلقاً لتقاربهما في معنى السكنى.

والمنازل: إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض.. قسمت
قسمة واحدة، وإلا.. فلا؛ سواء كانت في محال أو في دار واحدة، بعضها في أديانها
وبعضها في أقصاها؛ لما ذكرناه.

وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه. كذا في «العناية».

* * *

(فَضْلُ)

وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ: أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ وَيُعَدِّلُهُ وَيَذَرِّعُهُ، وَيَقْوُمُ بِنَاءِهِ، وَيُفَرِّزُ كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشَرْبِهِ.

وَيُلَقَّبُ الْأَنْصِبَاءُ بِالْأَوَّلِ، وَالثَّانِي، وَالثَّالِثِ، وَيَكْتُبُ أَسْمَاءَهُمْ وَيُقْرِعُ.
فَالْأَوَّلُ لِمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا، وَالثَّانِي لِمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا، وَالثَّالِثُ لِمَنْ خَرَجَ ثَالِثًا.

(فَضْلُ)

فِي بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ فِيمَا يَقْسِمُ

(وينبغي للقاسم أن يصور) من التصوير (ما يقسمه) على قرطاس يمكنه حفظه، أو ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه إن لم يأمر القاسم بالقرعة. وذلك: بأن يكتب على القرطاس: إن فلاناً نصيبه من التركة كذا، وفلاناً كذا. أي: النصف أو الثلث أو السدس. إلى غير ذلك من مسألتهم. (ويعدله)؛ أي: يسويه على سهام القسمة، ويروى: «يعزله»؛ أي: يقطعه بالقسمة عن غيره.

(ويذره)؛ إن كان المقسوم من المذروعات؛ لأن قدر المساحة تعرف بالذراع. (ويقوم ببناءه)؛ ليعرف قيمة البناء؛ لأنها لا تعرف إلا بالتقويم، ولا بد منه؛ لحاجته إليه لأجل الأجرة.

(ويفرز كل نصيب) عن الباقي (بطريقه وشربه) إن أمكن ذلك؛ لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وبذلك تتم المنفعة. وإن لم يمكن.. بطلت القسمة.

(ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث)، وهكذا إلى أن تتم السهام، (ويكتب أسماءهم ويقرع؛ فالأول: لمن خرج اسمه أولاً، والثاني: لمن خرج اسمه ثانياً، والثالث: لمن خرج ثالثاً).

وَلَا تَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فِي الْقِسْمَةِ إِلَّا بِرِضَاهُمْ.

قال في «الزيلعي»: وكيفيته: أن ينظر إلى أقل الأنصباء، فيقدر به أجزاء السهام؛ حتى إذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر: لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس.. يجعل أجزاء السهام أسداساً؛ لأن السدس أقل السهام، فيكون [١/٦٢٥] لصاحب النصف: ثلاثة أسداس، ولصاحب الثلث: سدسان، ولصاحب السدس: سدس واحد.

ويلقب النصيب من أي جانب شاء بالأول، ثم الذي يليه بالثاني، ثم الذي يليه بالثالث.

ثم يكتب أسامي الشركاء ببطاقات ويطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة، ويجعلها في طين، ثم يخرجها ويدلكها بين كفيه، ثم يجعلها في وعاء أو في كفه، ثم يخرج واحداً؛ فمن خرج اسمه أولاً.. فله السهم الأول، ومن خرج اسمه ثانياً.. فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الآخر.

فإن خرج أولاً في المثال المذكور اسم صاحب النصف.. كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول.

وإن خرج ثانياً.. كان له من الذي يلي الأول.

وإن خرج ثالثاً.. كان له كذلك من الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم.

هذا، واعلم: أن القرعة في القسمة ليست بواجبة، بل لتطيب قلوبهم، حتى لو قسم بلا قرعة.. جاز، ولقب الأنصباء؛ ليتمكن من الإلزام عند خروج قرعة كل واحد منهم؛ فإذا كانت القرعة لتطيب قلوبهم.. فلا قمار فيها على ما زعم.

(ولا تدخل الدراهم)، وكذا الدينارين (في القسمة إلا برضاهم)؛ أي: لا تدخل في القسمة الدراهم التي ليست في التركة؛ ليجبر بها نقصان بعض الأنصباء، بل يجبر النقصان بشيء من التركة.

صورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد

فَإِنْ وَقَعَ مَسِيلٌ أَوْ طَرِيقٌ لِأَحَدِهِمْ فِي نَصِيبٍ آخَرَ وَلَمْ يُشْتَرَطْ

أحد الشركاء أن يكون عوض الفضل دراهم أو دنانير، وآخر لم يرض بذلك.. لم تدخل الدراهم في القسمة، حتى لا يكلف من وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء دراهم؛ إذ لا شركة بينهم في الدراهم.

لأنها ليست من التركة.. فلا يجوز قسمة ما ليس من التركة.

ولأنه يفوت به التعديل في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار المشتري، ودراهم الآخر كانت في ذمته وقت القسمة، ولعلها لا تسلم له؛ لاحتمال التوى قبل الوصول إليه.

ولأن الجنس المشترك لا يقسم كما تقدم، فما ظنك عند عدم اشتراكها؟! فلا تدخل في القسمة إلا عند رضاهم؛ لأن أصحاب الحقوق أعرف بحالهم، ولا مزاحم لهم عند الرضاء ولا عند الضرورة.

ولهذا.. ذهب أبو يوسف فيما إذا كان المقسوم أرضاً وبناء: إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن المعادلة إلا بالتقويم؛ لأن البناء لا يمسح، فلا يمكن تعديله بالمساحة، بل بالتقويم.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن الأرض تقسم بالمساحة؛ لأنها [٦٢٥/ب] الأصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة؛ كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك قسمة الصداق ضرورة التزويج.

وذهب محمد: إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه؛ فإن لم تف العرصه بقيمة البناء.. فحيث يرد الفضل دراهم؛ لأن الضرورة تحققت في هذا المقدار، فلا يترك الأصل إلا لها.

قيل: وهذا يوافق رواية «الأصل».

(فإن وقع مسيل) الماء (أو طريق لأحدهم في نصيب) شريك (آخر، ولم يشترط

فِي الْقِسْمَةِ.. صُرِفَ عَنْهُ إِنْ أَمَكْنَ.

وإِلَّا.. فُسِّخَتْ.

وَيَقْسِمُ سَهْمَيْنِ مِنَ الْعُلُوِّ بِسَهْمٍ مِنَ السُّفْلِ.

في القسمة.. صرف عنه إن أمكن (الصرف، (وإلا.. فسخت)؛ يعني: إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين، ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق.. فلا يخلو: إما أن يمكن صرف ذلك عنه؛ أو لا.

فإن أمكن صرفه، ولا يسيل ولا يستطرق في نصيب الآخر؛ سواء كان ذلك مشروطاً في القسمة أو لم يكن مشروطاً؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة وهو الإفراز والتمييز من غير ضرر للآخر.. فلا يصار إليها مع ارتكاب الضرر. وإن لم يمكن:

فإما أن اشترط ذلك في القسمة، أو لا.

فإن كان الثاني.. فسخت القسمة؛ لأنها مخلة؛ لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط، فيستأنف.

بخلاف البيع؛ فإنه إذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسيل الماء ولم يذكر الحقوق.. فإنه لا يفسد؛ لأن المقصود من البيع: تملك العين، وإنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال؛ كما لو اشترى جحشاً صغيراً.

وأما القسمة؛ فإنها لتكميل المنفعة، ولا يتم ذلك إلا بالطريق والمسيل.

وإن كان الأول: يدخل فيها؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيب باعتبار التكميل، وفيها معنى الإفراز أيضاً، وذلك باعتبار انقطاع تعلق حق أحدهما بالآخر، فباعتباره: لا يدخل من غير تنصيب، فقلنا: يدخل عند التنصيب، ولا يدخل عند عدمه؛ عملاً بالدليلين.

(ويقسم) القاضي (سهمين من العلو بسهم من السفلى)؛ أي: بمقابلة سهم منه.

عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: سَهْمًا بِسَهْمٍ.
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يُقَسَّمُ بِالْقِيَمَةِ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

(وعند أبي يوسف: يقسم سهماً من العلو (بسهم)؛ أي: بمقابلة سهم من السفلى).

(وعند محمد: يقسم بالقيمة) لا بالسهم.
(وعليه الفتوى)، هكذا في «المختار».

وعبارة «الهداية» هكذا: وإذا كان سفلى لا علو عليه، وعلو لا سفلى له، وسفلى له علو.. قوّم كل واحد على حدة، وقسم بالقيمة عند محمد.
وقال أبو حنيفة [١/٦٢٦] وأبو يوسف: يقسم بالذراع.
ثم قال أبو حنيفة: وذراع من سفلى بذراعين من علو.
وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، وهكذا في «الكنز» و«الوقاية».

وصورته: على ما ذكر علاء الدين في «شرح الوقاية»: سفلى وعلو مشترك بين رجلين، وسفلى مشترك بين هذين الرجلين، وعلوه لرجل آخر، وعلو مشترك بين هذين الرجلين أيضاً، وسفله لرجل آخر في دار واحدة، وطلبا القسمة من القاضي، أو طلب أحدهما.. فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذراع؛ لأن القسمة بالذراع هي الأصل في المذروعات، والكلام فيها. والمعتبر: التسوية في أصل السكنى لا في المرافق، والعلو والسفلى سيان في أصل السكنى.

وقال محمد: يقسم بالقيمة؛ لأن السفلى يصلح لما يصلح له العلو، والعلو لا يصلح لما يصلح له السفلى؛ من حفر البئر واتخاذ الإصطبل والسرداب وغيرها، فصارا جنسين مختلفين.. فلا يمكن التعديل بينهما إلا بالقيمة.

ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذراع:

فقال أبو حنيفة: ذراع من سفلى بذراعين من علو.

وقال أبو يوسف: ذراع بذراع.

ثم قيل: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره؛ فأبو حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو، وأبو يوسف أجاب على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين السفلى والعلو في معنى السكنى، ومحمد أجاب بناء على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان.

وقيل: هو اختلاف حجة وبرهان؛ فإن أبا حنيفة يقول: لصاحب السفلى منافع كثيرة، وهي تبقى أيضاً بعد انهدام العلو، والعلو لا يبقى بعد انهدام السفلى، فكانت منفعة ضعف منفعة العلو، ولصاحب العلو منفعة واحدة، وهي: منفعة السكنى.

وأبو يوسف يقول: هما مستويان في الانتفاع؛ فإن لكل واحد من صاحب السفلى والعلو أن يفعل ما لا يضر بالآخر؛ حتى كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر بصاحب السفلى، ولصاحب السفلى أن يحفر إذا لم يضر بصاحب العلو، فاستويا في الانتفاع، فيستويان في القسمة أيضاً.

ومحمد يقول: العلو والسفلى بناء، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة دون الذراع؛ لأن في بعض البلدان: قيمة العلو أكثر، وفي بعضها: قيمة السفلى أكثر؛ كما في البلاد الحارة والباردة، فلا يمكن اعتبار المعادلة بينهما إلا بالقيمة.

ثم قول محمد: لا يحتاج إلى التفسير، وتفسير [٦٢٦/ب] قول أبي حنيفة: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلاث ذراع من البيت الكامل. أي المشتمل على السفلى والعلو. لأن العلو عنده مثل نصف السفلى، فثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلاث ذراع من علو البيت الكامل: يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلاث من سفلى البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد؛ فذلك تمام المائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد:

سنة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل؛ لأن علوه مثل نصف سفله، فسته وستون وثلاث من سفلى الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرد، وستة وستون وثلاث

فَإِنْ أَقَرَّ أَحَدُ الْمُتَقَاسِمِينَ بِالِاسْتِيفَاءِ ثُمَّ ادَّعى أَنَّ بَعْضَ نَصِيْبِهِ فِي يَدِ
صَاحِبِهِ.. لَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ.

من علو الكامل: في مقابلة: ثلاث وثلاثين وثلث ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام
مائة.

وتفسير قول أبي يوسف: أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل: مائة
ذراع من السفلى المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن العلو والسفل عنده
سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة: مائة ذراع: خمسون منها سفلى
وخمسون منها علو. كذا في «الهداية» و«العناية».

(فإن أقر أحد المتقاسمين بالاستيفاء، ثم ادعى أن بعض نصيبه في يد صاحبه..
لا يصدق إلا بحجة).

هذا شروع في بيان دعوى الغلط في القسمة، وهي على وجوه:
منها ما ذكره المصنف.

بيانه: أن أحد الشريكين ادعى الغلط في القسمة، وزعم أن بعض نصيبه في يد
صاحبه، وقد أشهد على نفسه باستيفاء حقه تماماً.. لا تسمع دعواه، ولا يصدق في
ذلك إلا ببيته؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها، فلا يصدق إلا بحجة.

كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط.. فإنه لا تسمع دعواه إلا ببيته؛ فإن
أقامها.. فقد نور دعواه بها، وإن عجز عنها.. استحلف الشركاء؛ لأنهم لو أقروا
بذلك.. لزمهم؛ فإذا أنكروه.. استحلفوا؛ لرجاء النكول، فمن حلف.. لا سبيل عليه،
ومن نكل.. جمع بين نصيبه ونصيب المدعي، فيقسم على قدر حقهما؛ لأن نكوله
حجة عليه كإقراره، ولا يكون حجة على غيره.

وإنما لم يتحالفوا؛ لأنه متناقض في دعواه، والتناقض يمنع صحة الدعوى،
والتحالف يبتنى على صحة الدعوى. كذا في «العناية» وغيره.

ويرد عليه: أنه ينبغي أن لا تقبل بيته أيضاً؛ لأنها تبتنى أيضاً على صحة الدعوى، وإذا لم تصح الدعوى للتناقض.. لم تقبل بيته، ولا يترتب عليه التحالف. وباقي وجوه دعوى الغلط: ذكرها الإمام قاضي خان؛ حيث قال في «فتاواه»: إذا ادعى [١/٦٢٧] أحد الشركاء غلطاً في القسمة.. لا تعاد القسمة بمجرد دعواه، ولا يعاد ذرع شيء من ذلك، ولا مساحته، ولا كيله، ولا وزنه إلا بحجة. وإن لم يكن له حجة وطلب استحلاف الشركاء.. فإنه يستحلف لرجاء النكول. ثم الغلط في القسمة على وجوه:

أحدها: أن يقول: حقي في النصف، وقد أخذت الربع أو الثلث، وقال الآخر: بل حقك الثلث وقد أخذته، وفي هذا: يتحالفان ويتراذان أيضاً؛ لأن القبض له شبه العقد.. ولو اختلفا في العقد يتحالفان، فكذا ما يشبهه.

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما في الزيادة، فيقول أحدهما: أخذت أنت يا فلان أكثر من حقك، أو غصبت الزيادة غضباً بعدما قبضته، ويقول الآخر: أخذتُ حقي وما أخذتُ الزيادة.. كان القول قول الآخر، والبينة بينه صاحبه، ولا يتحالفان، ولا يترادان القسمة.

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما فيما أشهد كل منهما على استيفاء الحق بالتمام، ثم يقول أحدهما: حقي الذي في يدك، وحقك الذي في يدي، أو يقول: قد قسمناها، ولكن أخذت أنا بعض حقي دون بعض.. لا تسمع دعواه ولا خصومته بعدما أشهد على القبض والاستيفاء، كما ذكره المصنف.

ومنها: أن تقع المنازعة بينهما في التقويم، ويقول أحدهما: قيمتها أكثر مما قومته، وينكر الآخر.. ففي هذا الوجه: لا يقبل قوله، ولا تسمع دعواه. كذا ذكر في «الأصل».

وَتَقْبَلُ شَهَادَةَ الْقَاسِمِينَ فِيهَا.
خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ.

قال الفقيه أبو بكر البلخي: إن كان التفاوت يسيراً.. فهو كما قال في «الأصل»، وإن كان التفاوت كثيراً.. يرجى أن تسمع دعواه. هكذا ذكره في «قاضي خان».
وفصله في «العناية»؛ حيث قال: ولو اختلفا في التقويم.. فلا يخلو:
إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقيمين.
فإن كان يسيراً.. لم يلتفت إلى دعواه؛ سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً.
وإن كان فاحشاً؛ فإن كانت القسمة بقضاء القاضي.. فسخت القسمة؛ لأن الرضاء منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد.
وإن كان بالتراضي.. لم يذكره محمد.

وحكي عن الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه؛ أما البيع من غير المالك.. فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب.
ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث [٦٢٧/ب] القسمة؛ فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش.. فأت شرط جواز القسمة، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد وصاحب «الهداية»: اختارا القول الأول. انتهى.

(وتقبل شهادة القاسمين فيها)؛ أي: في استيفاء حقه، والتأنيث باعتبار المسألة؛ يعني: لو أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه، فشهد القاسمان أنه استوفى حقه.. تقبل شهادتهما؛ سواء كانا من جهة القاضي أو من جهة غيره. هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ)؛ فإنه قال: لا تقبل شهادة القاسمين، وبه قال أبو يوسف أولاً،

وَإِنْ قَالَ: قَبَضْتُهُ ثُمَّ أَخَذْتُ بَعْضَهُ.. حَلَفَ خَصْمَهُ.

وهو قول الشافعي أيضاً.

وذكر الخصاف قول محمد مع قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإليه مال القدوري.

لمحمد: أنهما شهداء على فعل أنفسهما لتصحيح تصرفهما.. فلا تقبل؛ كمن عتق عبده على فعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله.

ولهما: أنهما شهداء على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما؛ لأن فعلهما: التمييز لا غير، ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز، أو لأنه لا يصلح أن يكون مشهوداً به؛ لأنه غير لازم، وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء هو فعل غيرهما، فتقبل الشهادة عليه.

وقال الطحاوي: إذا قسما بأجرة.. لا تقبل شهادتهما بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ؛ لأنهما يديعان إيفاء عمل استؤجر عليه، فكانت: شهادة صورة، ودعوى معنى.. فلا تقبل.

وأجيب عنه: بأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة مغنماً؛ لأن الخصوم اتفقوا على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء، فانتفت التهمة.

وقيد بالقاسمين؛ لأنه لو شهد قاسم واحد.. لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد لا تقبل على الغير. كذا في «الزيلعي».

(وإن قال) أحد الشريكين: (قبضته) على صيغة التكلم، (ثم أخذت) على صيغة المخاطب (بعضه)؛ أي: المقبوض (.. حلف خصمه)؛ يعني: يكون القول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه غضب بعض ما قبضه من نصيبه، وهو ينكر الغضب، والقول: قول المنكر، والبينة: بينة مدعي الغضب، ولا يتحالفان..

وَإِنْ قَالَ قَبْلَ أَنْ يُقَرَّرَ بِالِاسْتِيفَاءِ: أَصَابَنِي كَذَا وَلَمْ يُسَلِّمْ إِلَيَّ، وَكَذَّبَهُ
الْآخَرُ.. تَحَالَفَا وَفُسِّخَتْ.

وَلَوْ ادَّعَى غُبْنًا.. لَا يُعْتَبَرُ؛ كَالْبَيْعِ.

إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِقَضَاءٍ وَالْغُبْنُ فَاحِشٌ.. فَتَفْسَخُ.

وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ مُعَيَّنٍ مِنْ نَصِيبِ الْبَعْضِ.. لَا تُفْسَخُ، وَيَرْجَعُ بِقِسْطِهِ
فِي حَظِّ شَرِيكِهِ.

(وإن قال قبل أن يقر بالاستيفاء: أصابني كذا ولم يسلم إلي، وكذبه) شريكه
(الآخر.. تحالفا وفسخت) القسمة؛ لأن اختلافهما؛ فيما حصل له بالقسمة، فصار
نظير الاختلاف في المبيع والتمن. كذا في «الزليعي».

وعلله في «قاضي خان» بغير هذا وقد ذكرناه من قبل.

(ولو ادعى غبنًا) في القسمة (.. لا يعتبر؛ كالبيع)؛ أي: كما لا يعتبر دعوى الغبن في
البيع.. فإن دعوى الغبن غير معتبرة ولو فاحشاً، إلا أن تكون مع التقرير من الغابن.

(إلا [١٢٨/أ] إذا كانت القسمة بقضاء) القاضي (والغبن فاحش.. فتفسخ)
القسمة؛ لأن قسمة القاضي مقيدة بالعدل والنظر؛ فإذا لم يوجد العدل منه.. لم تعتبر
قسمة، فيسمع دعوى الغبن الفاحش.

قال في «قاضي خان»: إذا اقتسم القوم شيئاً من ميراث وغير ذلك، ثم ظهر
الغبن الفاحش في القسمة؛ إن كانت القسمة بقضاء القاضي.. يبطل عند الكل، وإن
كانت بالتراضي.. اختلفوا فيه:

قال الفقيه أبو جعفر: إن قال قائل: بأن للمغبون أن يبطل القسمة.. فله وجه،
وإن قال قائل: ليس له أن يبطل.. فله وجه أيضاً.

وقال في «الزليعي» نقلاً عن «الكافي»: والصحيح: تبطل القسمة.

(ولو استحق) شروع في بيان دعوى الاستحقاق بعد القسمة (بعض معين من
نصيب البعض)؛ أي: بعض الشركاء (.. لا تفسخ، ويرجع بقسطه في حظ شريكه).

وَكَذَا فِي الشَّائِعِ.
 وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: تُفْسَخُ.
 وَفِي بَعْضِ مَشَاعٍ فِي الْكَلِّ.. تُفْسَخُ إِجْمَاعاً.

(وكذا في الشائع)؛ أي: ولا تفسخ أيضاً لو كان الاستحقاق في الجزء الشائع في نصيب البعض. هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: تفسخ، وفي بعض مشاع في الكل)؛ أي: في كل من النصيين (.. تفسخ إجماعاً).

اعلم: أن ههنا أربعة أوجه:

الأول: استحقاق بعض معين في أحد النصيين، وهو الذي ذكره المصنف أولاً.
 والثاني: استحقاق بعض معين في النصيين.

[والثالث: استحقاق لبعض شائع في أحد النصيين]^(١).

والرابع: استحقاق بعض شائع في النصيين.

ففي الأول والثاني: لا تفسخ القسمة بالاتفاق، بل في الأول يرجع بقسطه في حظ شريكه، وفي الثاني كذلك إن كان الاستحقاق في أحدهما أزيد من الآخر، وإن استويا.. فلا رجوع لأحدهما على الآخر.

وفي الثالث: لا تفسخ عند أبي حنيفة، بل يخير؛ إن شاء.. رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء.. رد ما بقي واقتسم ثانياً.

وقال أبو يوسف: تفسخ.

ومحمد مع أبي يوسف في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية.

وفي الرابع: تفسخ بالاتفاق، هكذا ذكر الاختلاف في «الأسرار» في الجزء الشائع، واختاره المصنف.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «العناية» (٤٥١/٩) بتغيير يسير.

وذكر في «القدوري» و«المختار» الاختلاف في الوجه الأول - أعني: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين - والصحيح: ما ذكره المصنف. كذا في «الزيلعي».

وما ذكره في «الهداية»: من أن صاحب «الأسرار»: ذكر الاختلاف كما ذكر في القدوري في البعض المعين: خطأ على ما صرح به في «النهاية».

ثم وجه أبي يوسف: أن باستحقاق بعض شائع.. ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة، فصار كما إذا استحق بعض شائع في الكل في [٦٢٨/ب] انعدام معنى القسمة؛ أعني: الإفراز.

أما في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق: فظاهر.

وأما في النصيب الآخر: فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً.

بخلاف البعض المعين؛ فإن باستحقاق بعض معين: يبقى الإفراز فيما وراءه، لكنه مخير: إن شاء.. نقض القسمة من الأصل؛ لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت، وإن شاء.. رجع، كما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: أن معنى القسمة - وهو التمييز والإفراز - لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما؛ لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر، ولهذا.. جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء؛ بأن كانت دار نصفين، والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر، والنصف المقدم من هذا النصف المقدم لواحد منهم، والنصف الآخر منه بين اثنين على السوية، والنصف المؤخر نصفي الدار بين هذين الاثنين على السوية أيضاً، فاقسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما قدر نصيبهما من المقدم وربيع المؤخر.. فإنه جائز.

فإذا جاز ابتداء.. جاز انتهاء بعد الاستحقاق بطريق الأولى، وصار كاستحقاق الجزء المعين في عدم انتفاء معنى الإفراز.

بخلاف الشائع في النصيبين؛ فإنه لو بقيت القسمة.. لتضرر الثالث بتفريق

وَلَوْ ظَهَرَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ دَيْنٌ عَلَى الْمَيِّتِ مُحِيطٌ.. نَقِضَتْ.
وَكَذًا: لَوْ غَيْرَ مُحِيطٍ، إِلَّا إِذَا بَقِيَ بِلَا قِسْمَةٍ مَا يَفِي بِهِ.
وَلَوْ أَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ أَوْ أَذَاهُ الْوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ.. لَا تُنْقَضُ مُطْلَقًا.

نصيبه في النصيبين؛ أما ههنا.. فلا ضرر بالمستحق؛ فإذا لم تبطل القسمة.. فله الخيار على ما ذكرناه.

(ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط نقضت) القسمة؛ أي: ولم توف الورثة ولم يبرأ الغرماء، وإلا.. فلم تنقض القسمة، وهذا: لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث، فظهر: أن القسمة وقعت في غير محله، فتتقضى.
(وكذا لو) كان الدين (غير محيط)؛ لأن حق الغرماء تعلق بالتركة.. فتبطل القسمة؛ لتعلق حقهم.

(إلا إذا بقي) من التركة (بلا قسمة ما يفي به)؛ أي: بالدين.. فحيثئذ لا تفسخ القسمة؛ لعدم الحاجة إلى الفسخ؛ لإمكان وصول حقهم إليهم بلا فسخ القسمة.
(ولو أبرأ الغرماء) الورثة (أو أذاه)؛ أي: الدين (الورثة من مالهم.. لا تنقض) القسمة (مطلقاً)؛ أي: سواء كان الدين محيطاً أو لا، وسواء كان الدائن راضياً أو لم يرض.

بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما.. فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث والموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة.. فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما. كذا في «العناية».
قلت: فيه نظر؛ لأنه ذكر في فصل من قسمة «قاضي خان» وقال: لو لم يكن الدين [١/٦٢٩] ظاهراً وقت القسمة، ثم ظهر بعد القسمة.. كانت القسمة مردودة، إلا أن يقضوا الدين من مالهم، وكذا لو ظهر في التركة وصية بالثلث أو بعين من أعيان المال.. فالوصية بمنزلة الدين. انتهى.

فقد جعل دعوى الوصية مثل دعوى الدين دون مثل دعوى الإرث.

أُطْلِقَ الدين؛ فشمل: دين الوارث، ودين الأجنبي على الميت، والدين على الوارث؛ فإن دين الوارث مثل دين الأجنبي في بطلان القسمة بظهوره.

وإقدام الوارث على تقسيمه لا يمنع دعوى الدين، ولا بطلان القسمة؛ لما قال في «قاضي خان»: ميراث بين قوم، لم يكن هناك دين ولا وصية، فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين أو وصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير، فاقسم الورثة ميراث الميت الأول بغير قضاء.. كان لغرماء الميت الثاني أن يبطلوا القسمة.

وكذلك: لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير؛ لأن ورثة الميت الثاني قاموا مقام الميت الثاني، ولو كان هو حياً غائباً.. لم تنفذ قسمتهم عليه، فكذا: إذا كان ميتاً.

ميراث بين قوم، اقتسموا، وأشهدوا على أنفسهم بالقسمة، ثم ادعت امرأة الميت المهر على الميت وأقامت البينة.. كان لها أن تبطل القسمة ويكون دينها كدين أجنبي، بإقدامها على القسمة: لا يمنعها من دعوى الدين؛ لأن إجازة الغريم القسمة قبل أن يصل إليه الدين: باطلة، ويكون وجودها كعدمها، وكان له أن يبطل القسمة، فكذا إذا كان الغريم هو الوارث. انتهى.

فظهر من المسألة الأولى: أن ظهور الدين على الوارث.. يبطل صحة القسمة.

ومن المسألة الثانية: أن ظهور الدين للوارث.. يبطل صحة القسمة.

* * *

(فَضْلٌ)

[فِي الْمَهَايَةِ]

وَتَجُوزُ الْمَهَايَةُ.

(فَضْلٌ)

[فِي الْمَهَايَةِ]

لما ذكر أحكام القسمة في الأعيان.. شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهاية.

وهي في اللغة: المفاعلة من الهيئة، قال في «المصباح»: الهيئة: الحالة الظاهرة، يقال: هاء يهوء وتهياً هيئة حسنة إذا صار إليها، وتهيات الشيء: أخذت له هيئة وتفرغت له، وهيأته للأمر: أعددته فتهياً، وتهياً القوم: تهايؤوا من الهيئة: إن جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد: النوبة وهياياته مهاية. وقد تبدل الهمزة ألفاً للتخفيف فيقال: قد هاييته مهاية انتهى.

وقال في «المغرب» الهيئة: هي الحالة الظاهرة للمتبع للشيء، والتهايؤ: تفاعل منها، وهو: أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته: أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها، يقال: هايأ فلان فلاناً [٦٢٩/ب] وتهياً القوم، وأما المهاية بإبدال الهمزة ألفاً.. فلغة. انتهى.

وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، وهي جائزة استحساناً.

ولذا قال: (وتجوز المهاية).

والقياس: أن لا تجوز؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها؛ لأن كل واحد من الشريكين ينتفع بنوبته في ملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته، ولكن: ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع على سبيل التعاقب على ما بين في محله.

ولأن المهاية قد يحتاج إليها؛ إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع من عين واحد، فكانت المهاية جمعاً للمنافع في زمان واحد؛ كالقسمة.. فإنها جمع النصيب

وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ يَسْكُنُ هَذَا بَعْضًا وَهَذَا بَعْضًا، أَوْ هَذَا عَلْوَهَا وَهَذَا سُفْلَهَا.

الشائع في مكان معين، فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الأعيان. ولو لم نجز المهايأة.. لأدى إلى تعطيل الأعيان، ولهذا يجري فيها جبر القاضي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره؛ كما في قسمة الأعيان. إلا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة؛ لأنها جمع المنافع في زمان واحد دفعة واحدة.

والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة.. يقسم القاضي؛ لأنها أبلغ في التكميل. ولو وقعت المهايأة فيما تحتل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة.. تقسم وتبطل المهايأة.

(ويجبر عليها)؛ أي: على المهايأة (في دار واحدة)؛ بأن (يسكن هذا) الشريك (بعضاً، وهذا بعضاً) آخر من تلك الدار (أو هذا علوها، وهذا سفلها)؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة.. فكذا المهايأة.

اختلفوا في التهايؤ على هذا الوجه: هل هو إفراز أو مبادلة؟

قال بعضهم: إنه إفراز لا مبادلة؛ لتحقيق معنى الإفراز فيه؛ فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت أو مكان واحد بعد أن كانت شائعة في بيتين أو مكانين، وكذلك في حق الآخر.

ولو كان مبادلة.. لما صح ذلك؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد لشبه الربا؛ لأن المبادلة تمليك بالعوض، فلا تعرى عن شبهة الربا.

وقيل: هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه؛ كقسمة الأعين.

قال في «الزيلعي»: والأوجه: أنها إفراز من كل وجه في المهايأة؛ في المكان، ولهذا.. لا يشترط فيها التأقيت، وجاز لكل واحد من الشركاء أن يستغل ما أصابه

وَفِي بَيْتٍ صَغِيرٍ يَسْكُنُ هَذَا شَهْرًا وَهَذَا شَهْرًا.
 وَلَهُ الْإِجَارَةُ وَأَخَذَ الْغَلَّةَ فِي نَوْبَتِهِ.
 وَفِي عَبْدٍ يَخْدُمُ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا.

بالمهابة؛ شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه، ولا كذلك العارية والإجارة، وفي المهابة في الزمان: إفراز من وجه. انتهى.
 واعترض عليه: بأن كلاً من الشريكين يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه [١/٦٣٠] بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه، فكيف يتصور أن يكون إفرازاً لكل نصيبه؟

(وفي بيت صغير؛ أي: ويجبر عليها أيضاً في بيت صغير (يسكن هذا شهراً، وهذا شهراً)، وهذا هو التهاؤ في الزمان، وإنما جاز؛ لضرورة الحاجة إليه، وهذا التهاؤ إفراز من وجه على ما ذكرناه.

(وله)؛ أي: لكل من الشريكين (الإجارة)؛ أي: إجارة ما أصابه بالمهابة في المكان أو في الزمان، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

(وأخذ الغلة)؛ أي: الأجرة (في نوبته)، متعلق بالإجارة.

(وفي عبد)؛ أي: ويجبر عليها في عبد (يخدم هذا يوماً، وهذا يوماً) وهو التهاؤ في الزمان وهو متعين فيه؛ كما في البيت الصغير؛ لتعذر التهاؤ في المكان.
 ولو اختلفا في التهاؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما.. يأمر القاضي: بالاتفاق.

لأن التهاؤ في المكان: أعدل؛ لاستوائهما في زمان الانتفاع، وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر، فكان أعدل.

وفي الزمان: أكمل؛ لأن كل واحد في نوبته ينتفع بجميع الدار فكان أكمل.

وَفِي عَبْدَيْنِ يَخْدُمُ أَحَدُهُمَا وَآخَرُهُمَا وَالْآخَرُ الْآخَرُ.
 وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عَبْدٍ عَلَى مَنْ يَخْدُمُهُ.. جَازَ اسْتِحْسَانًا.
 بِخِلَافِ الْكُسُورَةِ.
 وَفِي دَارَيْنِ يَسْكُنُ هَذَا هَذِهِ وَهَذَا الْآخَرَى.

فلما اختلفت الجهة.. فلا بد من الاتفاق؛ فإن اختاراه من حيث الزمان.. يقرع بينهما تطبيياً لقلوبهما ونفياً للتهمة عن نفسه. كذا في «الزليعي».

(وفي عبيدين: يخدم أحدهما)؛ أي: أحد العبدین (أحدهما)؛ أي: أحد الشريكين (و) العبد (الآخر) يخدم الشريك (الآخر).

أما عند أبي يوسف ومحمد؛ فلأن قسمة الرقيق جائزة عندهما، فكذا قسمة المنفعة.

وأما عند أبي حنيفة: ففي رواية عنه: أنه لا يجوز إلا بالتراضي؛ لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده، فكذا منفعته.

وفي رواية عنه - وهو الأصح -: أنه يجوز جبراً؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق؛ لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

(ولو اتفقا) في التهايو على العبدین (على أن نفقة كل عبد على من يخدمه.. جاز استحساناً)؛ لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام المماليك.. فلا تفضي الجهالة إلى النزاع؛ كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها.

(بخلاف الكسوة)؛ لأنه لا تسامح فيها عادة.. فلا يجوز.

(وفي دارين: يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (وهذا) الشريك الآخر يسكن هذه الدار (الآخرى)؛ أي: ويجبر الأبى عليه بالاتفاق على ما في «الزليعي».

أما عندهما؛ فلأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما.

وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي دَابَّةٍ أَوْ دَابَّتَيْنِ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا.
خِلَافاً لَّهُمَا.

وَيَجُوزُ فِي اسْتِغْلَالِ دَارٍ أَوْ دَارَيْنِ هَذَا هَذِهِ، وَهَذَا الْآخَرَى.
لَا فِي اسْتِغْلَالِ عَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ.

وكذا عنده؛ لأن المنافع لا تتفاوت.. فيجوز ويجبر الأبى عنها، ويعتبر إفرازاً
[٦٣٠/ب] كالأعيان المتقاربة.

بخلاف القسمة؛ لأن التفاوت في أعيانها فاحش، فالتحقت بالأعيان المختلفة،
فصارت مبادلة.

وقيل: عنده: يجوز بالتراضي، ولا يجبر اعتباراً بالقسمة.

وعنه: أنه لا يجوز التهاؤ فيهما أصلاً لا بالجبر ولا بالتراضي؛ لأنه يصير بيع
المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة، وذلك لا يجوز.

بخلاف قسمة رقبتهم؛ حيث يجوز بالتراضي؛ لأن بيع إحدهما بالآخرى جائز.
وفي الظاهر: أن قوله كقولهما. كذا في «الزيلعي».

(ولا يجوز ذلك في دابة أو دابتين إلا بتراضيهما)؛ بأن يركب أحدهما يوماً
والآخر يوماً. هذا عند أبي حنيفة.

(خِلَافاً لَّهُمَا)، قالوا: يجوز التهاؤ في الدابة أيضاً بواحدة أو اثنتين اعتباراً لها
بقسمة الأعيان.

ولأبي حنيفة: أن الاستعمال بتفاوت الراكبين يتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

(ويجوز) التهاؤ (في استغلال دار أو دارين)، وذلك بأن استغل (هذا) الشريك
(هذه) الدار، (وهذا) الشريك الدار (الآخرى)، أو استغل هذا شهراً، وهذا شهراً في
الدار الواحدة.

(لا في استغلال عبد أو دابة) من حمار أو بغل أو فرس وغيرها، وهذا: لأن
التصبيين يتعاقبان في الاستيفاء.. فالظاهر: التغير في الحيوان، فتفوت المعادلة.

وَمَا زَادَ فِي نُوبَةِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّارِ الْوَاحِدَةِ مُشْتَرَكٌ، لَا فِي الدَّارَيْنِ.
وَفِي اسْتِغْلَالِ عَبْدَيْنِ: هَذَا هَذَا وَالْآخَرُ.. لَا يَجُوزُ.
خِلَافاً لَّهُمَا.

بخلاف التهايو في استغلال الدار الواحدة؛ حيث يجوز في ظاهر الرواية؛ لأن الظاهر عدم التغير في العقار، فافترقا.

(وما)؛ أي: الغلة التي (زاد في نوبة أحدهما في الدار الواحدة.. مشترك) بين الشريكين؛ تحقيقاً للتعديل.

(لا في الدارين)؛ أي: لا يشتركان فيما زاد من الغلة في نوبة أحدهما في استغلال الدارين؛ لأن معنى الإفراز راجح في الدارين؛ لاتحاد زمان الاستيفاء؛ فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها صاحبه، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضاً؛ كأنه استقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني، ويجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إيجار نصيب صاحبه؛ فإذا استوفى القرض.. كان الباقي مشتركاً بينهما.

(و) التهايو (في استغلال عبيدین هذا هذا)؛ أي: هذا الشريك استغل هذا العبد (وهذا) الشريك (الآخر) العبد الآخر (.. لا يجوز) عند أبي حنيفة.

(خِلَافاً لَّهُمَا)، قالوا: يجوز؛ لأن المعادلة تتمكن بينهما؛ لاتحاد وقتها، ولأن قسمة رقبتهما ومنفعتهما جائز عندهما، فكذا: قسمة غلتهما، فصارا كالدارين.

بخلاف التهايو في غلة عبد واحد؛ حيث لا يجوز؛ لأنه لا يتأتى إلا في زمانين [٦٣١/أ] فيتوهم تغيره، بل هو الظاهر في الاستغلال؛ لأن العادة جرت بالاستقصاء فيه، فيتغير من التعب.

بخلاف التهايو في خدمة عبد واحد؛ حيث يجوز بالإجماع على ما تقدم.
ولأبي حنيفة: أن التهايو في الخدمة جَوِّز للضرورة؛ لعدم إمكان قسمتها، ولا ضرورة في الغلة؛ لأنه يمكن قسمتها؛ لأن الغلة عين مال.

وَعَلَى هَذَا: الدَّابَّتَانِ.

وَلَا يَجُوزُ فِي ثَمَرِ شَجَرٍ، أَوْ لَبَنِ غَنَمٍ، أَوْ أَوْلَادِهَا.

وَيَجُوزُ فِي عَبْدٍ وَدَارٍ عَلَى السُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ.

وَكَذَا: فِي كُلِّ مُخْتَلَفٍ الْمَنْفَعَةِ.

(وعلى هذا) الخلاف: (الدابتان) لا يجوز استغلالهما عند أبي حنيفة، ويجوز

عندهما؛ لما ذكرناه في العبدین.

(ولا يجوز) التهايؤ (في ثمر شجر، أو لبن غنم، أو أولادها)؛ يعني: لو كان

شجر أو غنم بين رجلين فتهايأ على أن يأخذ كل منهما طائفة من الشجر أو الغنم يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها ويأخذ أولادها.. لا يجوز ذلك؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى.. فتعذر قسمتها، وهذه أعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها.

والحيلة فيها: أن يبيع حصته من الآخر، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته، أو

يتنفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه؛ إذ قرض المشاع جائز. كذا في «الهداية».

قيد بلبن غنم؛ احترازاً عن لبن ابن آدم.. فإنه يجوز التهايؤ فيه، حتى لو كانت

جارتان مشتركتان بين اثنين فتهايأ على أن ترضع إحداهما ولد إحديهما والأخرى ولد الأخرى.. يجوز؛ لأن لبن ابن آدم لا قيمة له، فجرى مجرى المنافع. كذا في «الزيلعي».

(ويجوز) التهايؤ (في عبد ودار على السكنى والخدمة)؛ يعني: لو كان بين اثنين

عبد ودار فتهايأ على أن يخدم أحدهما العبد ويسكن الآخر في الدار.. جاز ذلك؛ لأن التهايؤ في الخدمة والسكنى يجوز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى. كذا في «الاختيار».

(وكذا في كل مختلفي المنفعة)؛ كسكنى دار وزرع أرض، وكذا الحمام والدار

وَلَا تَبْطُلُ الْمُهَيَاةُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَلَا بِمَوْتِهِمَا.
وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ.. بَطَلَتْ.

المشتركتان بين اثنين، وذلك لما ذكرناه أيضاً.

(ولا تبطل المهياة بموت أحدهما، ولا بموتيهما)؛ لأننا نحتاج إلى إعادتها
بطلب الوارثين أو أحدهما.. فلا تبطل.

(ولو طلب أحدهما) بعد المهياة (القسمة.. بطلت) المهياة؛ يعني: لو تهاياً ما
يحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة.. بطل التهايو ويقسم القاضي؛ لأن القسمة
أقوى من المهياة على ما ذكرناه في أول الفصل.

* * *

الفهرس

الفهرس

٧	كتاب الإجارة
٤٢	باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز
٧٢	باب الإجارة الفاسدة
١٠٦	فصل الأجير المشترك
١٢٩	باب الإجارة على أحد الشرطين
١٤٦	باب فسخ الإجارة
١٦٤	مسائل مثورة
١٨١	كتاب المكاتب
١٩٧	باب تصرف المكاتب
٢١٣	فصل
٢٣٠	باب كتابة العبد المشترك
٢٤٢	باب العجز والموت
٢٥٥	كتاب الولاء
٢٦٩	فصل في ولاء الموالاة
٢٧٧	كتاب الإكراه
٣٠٧	كتاب الحجر
٣٢٧	فصل في بيان حد البلوغ
٣٣١	كتاب المأذون
٣٦٤	فصل في تصرف الصبي
٣٧١	كتاب الغصب

٣٩١.....	فصل في بيان ما يتغير به المغصوب
٤١١.....	فصل
٤٤١.....	كتاب الشفعة
٤٦٠.....	فصل في بيان الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن
٤٧٤.....	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يطلها
٥٠٣.....	كتاب القسمة
٥٢٥.....	فصل في بيان كيفية ما يقسم
٥٣٩.....	فصل في المهايأة